

Vilniaus universiteto Teisės fakulteto

Privatinės teisės katedra

Dianos Karabinaitės,
V kurso, civilinės ir verslo teisės
studijų šakos studentės



Magistro darbas

**Konkurencijos užtikrinimas ir nediskriminavimo pareiga rengiant
viešojo pirkimo sąlygas**

**Ensuring competition and the obligation of non-discrimination in the
preparation of public procurement conditions**

Darbo vadovas: Doc. dr. Deividas Soloveičik

Recenzentas: Prof. dr. Šarūnas Keserauskas

Vilnius

2022

ANOTACIJA IR PAGRINDINIAI ŽODŽIAI

Konkurencijos užtikrinimas prasideda nuo sudarytų sąlygų tiekėjams konkuruoti, o už tokių sąlygų sudarymą pirmiausia atsakinga perkančioji organizacija. Galima sakyti, kad perkančioji organizacija, vykdanči viešųjų pirkimų procedūras, yra pagrindinis konkurencijos „organizatorius“. Tačiau šią atsakomybę perkančiosios organizacijos neretai pamiršta ir piktnaudžiauja joms suteikta diskrecijos teise, pirkimo sąlygose nustato neaiškius arba perteklinius reikalavimus ir taip suvaržo konkurenciją, diskriminuoja tiekėjus. Kai pirkimo sąlygos yra diskriminuojančios, neproporcingos ir kai viešųjų pirkimų sistema nėra skaidri, ją įtakoja subjektyvūs interesai, tiekėjai nėra suinteresuoti dalyvauti viešųjų pirkimų procedūrose, kadangi turi išankstinę nuomonę, jog toks dalyvavimas yra deklaratyvus, o faktiniai laimėtojai yra aiškūs iš anksto. Turint omenyje, kad perkančiosios organizacijos, vykdydamos viešuosius pirkimus, turi užtikrinti tiekėjų konkurenciją, šiame darbe aptariama, kokios pirkimo sąlygos ją riboja ar apskritai panaikina bei padedama tiekėjams tokias sąlygas identifikuoti. Darbe analizuojami konkurencijos pažeidimai viešuosiuose pirkimuose ir apibrėžiamos perkančiosios organizacijos diskrecijos ribos rengiant pirkimo sąlygas. Darbe išskiriama perkančiųjų organizacijų parengtų pirkimo sąlygų problematika atsižvelgiant į tai, kad pirkimo sąlygos turi nediskriminuoti tiekėjų bei užtikrinti sąžiningą konkurenciją.

Pagrindiniai žodžiai: viešieji pirkimai, sąžininga konkurencija, nediskriminavimas, viešųjų pirkimų principai.

Ensuring competition starts with the conditions created for suppliers to compete, and the contracting authority is primarily responsible for creating such conditions. It can be said that a contracting authority is the main "organizer" of competition. This responsibility is often overlooked by contracting authorities, leading to unclear or excessive requirements in procurement conditions and restricting competition, discriminating against suppliers. Where procurement conditions are discriminatory and where the procurement system is not clearly affected by subjective interests, suppliers have no interest in participating in public procurement procedures because they have an opinion that such participation is declarative and actual winners are clear without competition. Contracting authorities must ensure competition between suppliers when conducting public procurement, this paper discusses what procurement conditions restrict or eliminate it, and helps suppliers to identify such conditions. Therefore, the master's thesis highlights the problem of procurement conditions

prepared by contracting authorities, taking into account that procurement conditions must not discriminate against suppliers and ensure fair competition.

Keywords: public procurement, fair competition, non-discrimination, public procurement principles

TURINYS

ĮVADAS	5
1. KONKURENCIJOS IR NEDISKRIMINAVIMO PRINCIPAI VIEŠUOSIUOSE PIRKIMUOSE	8
1.1. Viešųjų pirkimų principai ir jų sąveika su konkurencijos užtikrinimu	8
1.2. Sąžininga konkurencija ir tiekėjų nediskriminavimas	13
2. KONKURENCIJOS UŽTIKRINIMAS IR IŠ TO IŠPLAUKIANČIOS PERKANČIOSIOS ORGANIZACIJOS DISKRECIJOS RIBOS RENGiant VIEŠOJO PIRKIMO SĄLYGAS.....	18
2.1. Konkurencijos užtikrinimas nustatant aiškias, tikslias ir nedviprasmiškas pirkimo sąlygas	22
2.1.1. Paslėpta tiekėjų diskriminacija nustatant neaiškias ir neproporcingas pirkimo sąlygas	24
2.1.2. Pirkimo sąlygos pripažinimas neteisėta ir teismo pareiga <i>ex officio</i> pirkimą nutraukti	28
2.2. Konkurencijos užtikrinimas nustatant pirkimo sąlygų techninės specifikacijos reikalavimus	32
2.2.1. Draudimas nustatyti konkretų perkamo objekto modelį ar savybes.....	33
2.2.2. Tiekėjų teisė siūlyti lygiaverčius sprendimus.....	35
3. PASEKMĖS UŽ KONKURENCIJOS PAŽEIDIMUS RENGiant VIEŠOJO PIRKIMO SĄLYGAS.....	39
IŠVADOS IR PASIŪLYMAI	42
LITERATŪROS SĄRAŠAS.....	43
SANTRAUKA.....	47
SUMMARY.....	48

IVADAS

Darbo aktualumas. Viešieji pirkimai yra ypatingos svarbos viešojo administravimo subjektų veikla, kurios skaidrumas, kokybė ir efektyvumas yra svarbūs valstybės vystymuisi. Tam, kad viešojo administravimo subjektai nepiktnaudžiautų disponuodami viešaisiais finansais, yra būtinas atitinkamas teisinis reguliavimas, kuris nustatytų elgesio taisyklės bei numatytų procedūras padarytų pažeidimų prevencijai ir ištaisymui. Vykdamas viešuosius pirkimus svarbu apsaugoti visuomenės vientisumą, pirkimo procesą, kad būtų maksimaliai padidinta iš to gaunama nauda visuomenei ir apsaugoti konkurencingas rinkas. Konkurencinis procesas gali būti pasiektas, kai įmonės tikrai konkuruoja, tai yra, sudarytos visos sąlygos pirkimuose dalyvauti sąžiningai ir nepriklausomai. Pastebėtina, jog kai perkančioji organizacija nesudaro sąlygų tiekėjams konkuruoti viešuosiuose pirkimuose, o būtent perkančiosios organizacijos pažeidžia savo diskrecijos ribas rengiant pirkimo sąlygas, išsiderina visa viešųjų pirkimų procedūra, ji tampa fiktyvi ir praranda savo prasmę. Perkančiosios organizacijos rengdamos pirkimo sąlygas ne visada sugeba parengti sąlygas objektyviai bei ne visuomet turi tam pakankamos kompetencijos. O tai sąlygoja konkurencijos mažėjimą, valstybinių institucijų veiklos neskaidrumą, tiekėjų diskriminaciją bei iš to sekantį visuomenės neigiamos nuomonės apie viešųjų pirkimų vykdymo eigą formavimą. Neteisėtai priimti perkančiųjų organizacijų sprendimai yra gana dažnai susiję su teisės principų nepaisymu ar jų netinkamu interpretavimu, todėl nediskriminavimo principas ir sąžiningos konkurencijos užtikrinimas toliau lieka viena aktualiausių temų, kuriose perkančiosios organizacijos turėtų labiau gilinti savo žinias ir kompetenciją.

Darbo originalumas. Lietuvoje yra apgintos kelios disertacijos atskirais viešųjų pirkimų teisės klausimais. Pažymėtina, kad tyrimo, nagrinėjančio perkančiosios organizacijos diskrecijos ribų problematiką rengiant pirkimo sąlygas, kurios užtikrintų konkurenciją ir nediskriminuotų tiekėjų nėra, išskyrus nedideles publikacijas, kuriose aptariami atskiri, glaudžiai su tyrimo problematika susiję, klausimai. Be to, dažniausiai aptariamas konkurencijos iškraipymas viešajame konkurse yra susijęs su antik konkurenciniais konkurso dalyvių susitarimais, kuriais siekiama manipuluoti konkurencija. Tačiau šiame darbe analizuojami konkurencijos pažeidimai kylantys dėl perkančiosios organizacijos, o ne tiekėjų veiksmų. Pirmiausia konkurencijos užtikrinimas viešuosiuose pirkimuose prasideda nuo perkančiosios organizacijos atsakomybės pirminėje viešųjų pirkimų stadijoje, t. y. parengtų sąlygų teisėtumo, kas ir bus analizuojama šiame darbe. Šiuo metu nėra išsamios ir gausios teisės doktrinos apie perkančiųjų organizacijų

diskreciją rengiant pirkimo sąlygas, išsamių gairių, kaip konkurencija yra skatinama, bei kokiais atvejais ji yra pažeidžiama. Deja, praktika yra tokia, kad vienareikšmio atsakymo į klausimą, kokios yra perkančiųjų organizacijų veikimo laisvės ribos nėra. Viena vertus, tai lemia viešųjų pirkimų teisinio reguliavimo netobulumas, kita vertus, pačioje viešųjų pirkimų teisės srityje yra daug neapibrėžtų zonų, kuriose veikimas yra pagrįstas būtent perkančiųjų organizacijų diskrecija. Pirkimas negali būti vykdomas neegzistuojančios konkurencijos (išimtinių teisių) sąlygomis. Nacionalinėje teisės praktikoje pastebima tendencija, kai perkančiosios organizacijos dirbtinai (formalizuotai) parengia tokias pirkimo sąlygas, kurios būtų pritaikytos išimtiniam tiekėjui arba „nepageidaujama“ tiekėją eliminuotų iš pirkimo. Šiame darbe aptariame dar mažai nagrinėta tema, tai visgi ar ne nuo perkančiųjų organizacijų parengtų pirkimo sąlygų prasideda ginčai viešuosiuose pirkimuose, ar diskrecijos ribos rengiant pirkimo sąlygas neperžengiamos, ar perkančiosios organizacijos už netinkamai parengtas pirkimo sąlygas patiria atitinkamas pasekmes.

Šio darbo **tikslas** yra atskleisti konkurencijos pažeidimus viešuosiuose pirkimuose bei nustatyti perkančiosios organizacijos diskrecijos ribas rengiant pirkimo sąlygas. Atkreiptinas dėmesys, kad šiame darbe analizuojama tik konkurencija viešuosiuose pirkimuose rengiant pirkimo sąlygas, todėl konkurencijos teisė šiame darbe tik paliečiama, bet neanalizuojama.

Darbo tikslui pasiekti keliami šie **uždaviniai**:

1. Atskleisti viešųjų pirkimų principų svarbą ir jų santykį su sąžininga konkurencija, apibrėžti nediskriminavimą ir sąžiningą konkurenciją, jų reikšmę viešuosiuose pirkimuose.
2. Ištirti perkančiosios organizacijos diskrecijos ribų problematiką rengiant pirkimo sąlygas.
3. Įvertinti sąžiningos konkurencijos įgyvendinimą, aptarti perkančiosioms organizacijoms taikomas pasekmes už netinkamai parengtas pirkimo sąlygas.
4. Apibendrinti ir pateikti išvadas.

Tyrimo metodika. Siekiant minėto darbo tikslo ir įgyvendinant darbo uždavinius, bus naudojamos lingvistiniu (verbaliniu), dokumentų analizės, istoriniu, lyginamuoju (komparatyviniu), sisteminiu, apibendrinimo metodais. Lingvistinis (verbalinis) metodas padės pažodžiui suprasti teisės aktų nuostatas, reglamentuojančias viešųjų pirkimų procedūrų tvarką. Naudojantis dokumentų analizės metodu bus tiriama Lietuvos teismų jurisprudencija, Viešųjų pirkimų įstatymas ir kiti šiai temai aktualūs teisės aktai.

Svarbiausi šaltiniai. Rašant rašto darbą daugiausia buvo remtasi Viešųjų pirkimų įstatymu (VPI), Viešųjų pirkimų įstatymo komentaru, specialiaja literatūra ir nacionaline

bei Europos Sąjungos teismų praktika. Ypač pažymėtinas Albert Sanchez Graells mokslinis darbas „Competition and procurement regulation: a goal, a principle, a requirement, or all of the above? Bei Deivido Soloveičik publikacija „Perkančiosios organizacijos diskrecijos panaudojimas nutraukiant viešojo pirkimo sutartį dėl esminio jos pažeidimo“. Analizuojant šaltinius buvo išskirti konkurencijos pažeidimai ir ištirtos perkančiųjų organizacijų diskrecijos ribos. Darbo problematikos analizė ir problemų sprendimo būdų taip pat buvo ieškoma nagrinėjant ir kitus šio darbo pabaigoje nurodytus šaltinius.

1. KONKURENCIJOS IR NEDISKRIMINAVIMO PRINCIPAI VIEŠUOSIUOSE PIRKIMUOSE

Siekiant tikslumo ir aiškumo darbas pradedamas nuo Viešųjų pirkimų įstatyme įtvirtintų principų apibrėžimų jų teisinio reguliavimo ir santykio su konkurencijos užtikrinimu. Kadangi, tik suprantant, kokia yra principų reikšmė viešuosiuose pirkimuose bei atskleidus jų santykį su konkurencijos užtikrinimu galima bus pereiti prie išsamios konkurencijos ir nediskriminavimo pareigos vertinimo, problematikos analizės bei kitų šiai temai aktualių klausimų.

1.1. Viešųjų pirkimų principai ir jų santykis su konkurencijos užtikrinimu

Norint suvokti viešųjų pirkimų teisės esmę bei išsiaiškinti, kokios pirkimo sąlygos laikomos tinkamomis, aiškėmis ir teisėtomis svarbu suprasti viešųjų pirkimų teisės principus. Tai pagrindiniai pradai, kuriuose yra įkūnyti pamatiniai viešųjų pirkimų veiklos bruožai. Principų pažinimas bei supratimas padeda ne tik vertinti viešųjų pirkimų vykdymą, bet kartu padeda šią veiklą vykdančioms asmenims sėkmingiau įgyvendinti viešųjų pirkimų tikslą – efektyviai tenkinti viešus interesus ir užtikrinti konkurenciją. Viešųjų pirkimų principų sistemingas įgyvendinimas ir šiame darbe aptariamas sąžiningos konkurencijos ir tiekėjų nediskriminavimo pareigos užtikrinimas praktikoje leistų perkančiosioms organizacijoms parengti teisėtas ir aiškias pirkimo sąlygas, sumažinti korupcijos apraiškas, efektyviai ir konkurencingoje aplinkoje vykdyti pirkimus, leistų įsigyti kokybės ir kainos prasme geriausias prekes, paslaugas ar darbus.

LR VPĮ 17 straipsnio 1 dalyje įtvirtinta, kad „Perkančioji organizacija užtikrina, kad vykdant pirkimą būtų laikomasi lygiateisiškumo, nediskriminavimo, abipusio pripažinimo, proporcingumo, skaidrumo principų“. Tai fundamentalūs viešųjų pirkimų principai, kurių privalo laikytis perkančiosios organizacijos vykdydamos viešųjų pirkimų procedūras. Viešųjų pirkimų principai turi būti suprantami kaip pagrindinės, fundamentaliaios idėjos, valstybės vertybės, kurios perteikia viešųjų pirkimų proceso esmę, būdingiausias bruožus, ypatybes. Esant šių fundamentalių viešųjų principų pažeidimams, teismas turi pagrindą pripažinti viešųjų pirkimų procesą netinkamu. Iš VPĮ normos matyti, kad pagrindiniais viešųjų pirkimų principais galima laikyti šiuos:

- 1) Skaidrumo;

- 2) Lygiateisiškumo;
- 3) Nediskriminavimo;
- 4) Proporcingumo;
- 5) Abipusio pripažinimo

Viešųjų pirkimų principai yra ne tik perkančiųjų organizacijų ir tiekėjų teisių bei pareigų viešojo pirkimo srityje tiesioginis šaltinis, bet ir tiesiogiai taikytinos teisės normos. Vien viešųjų pirkimų principų pažeidimo konstatavimas, nesiremiant jokia papildoma norma, yra pakankamas pagrindas reikalauti teismo pripažinti neteisėtus perkančiosios organizacijos veiksmus. Taigi viešųjų pirkimų principai yra tos imperatyviosios normos, pagal kurias vertinama daugelis viešųjų pirkimų proceso elementų, taip pat kuriomis galima tiesiogiai remtis ginant asmenų, dalyvaujančių viešųjų pirkimų procedūrose, teises (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2008-12-23 nutartis civilinėje byloje).

Viešųjų pirkimų principų taikymas reiškia ir perkančiųjų organizacijų diskrecijos ribojimą, kadangi leidžiama elgtis tik taip, kad nebūtų pažeisti viešųjų pirkimų principai ir tikslai, konkrečios teisės normos. Todėl itin svarbu, kad perkančiosios organizacijos tinkamai įgyvendintų suteiktas diskrecijos teises taikydamos viešųjų pirkimų principus. Šiame darbe aktualu, kad diskrecijos ribos nebūtų peržengtos užtikrinant konkurenciją, todėl svarbu aptarti, kokį ryšį viešųjų pirkimų principai turi su sąžininga konkurencija.

Vienas iš svarbiausių viešųjų pirkimų principų – skaidrumo principas – įpareigoja perkančiąsias organizacijas, vykdančias viešųjų pirkimų procedūras, užtikrinti pakankamą procedūrų viešumą, kaip favoritizmo rizikos ir savavališkumo išvengimo bei neiškraipytos tiekėjų tarpusavio konkurencijos užtikrinimo garantą. Skaidrumas suponuoja, kad viešojo pirkimo procedūros būtų vykdomos pagal aiškias normas bei turėtų priemones patikrinti, kad tokių normų buvo laikomas (Falvey, La Chimia, Morrissey, Zgovu, 2008). Skaidrumo principas, be kita ko, reiškia tiekėjų galimybę patikrinti perkančiosios organizacijos priimtus sprendimus, juos ginčyti ir būti tikriems, kad viešųjų pirkimų ginčus nagrinėjančių institucijų priimti sprendimai bus tinkamai įgyvendinti (Soloveičik, 2008).

Skaidrumo principo pagrindinis tikslas yra užtikrinti, kad iš perkančiosios organizacijos nebūtų favoritizmo rizikos ir savavališkumo (Europos Sąjungos Teisingumo Teismo 2004-04-29 Sprendimas). Skaidrumas yra vienas lemiančių veiksnių, kuriuo remiantis užtikrinama neiškraipyta tiekėjų tarpusavio konkurencija, ir suprantamas kaip viešumo užtikrinimas vykdant viešojo pirkimo procedūras. Viešumas pirmiausia sietinas su viešojo pirkimo paskelbimu. Viešas paskelbimas suponuoja tiekėjų teisėtus lūkesčius, kad perkančioji organizacija visiems tiekėjams sudarys vienodas sąlygas konkuruoti tarpusavyje (galimybių viešumą) jiems suteikiant galimybę pateikti savo pasiūlymus.

Skaidrumo principas viešojo pirkimo paskelbimo kontekste suponuoja ir tiekėjų teisėtus lūkesčius, kad perkančioji organizacija tiekėjams suteiks lygias galimybes sudaryti viešojo pirkimo sutartį, t. y. nustatys objektyvius bei nediskriminuojančius viešojo pirkimo konkurso kriterijus (Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2022-01-26 nutartis administracinėje byloje).

Lietuvos Aukščiausiasis teismas yra konstatavęs, kad viešųjų pirkimų teisiniu reguliavimu siekiama užtikrinti skaidrų viešųjų pirkimų vykdymą ne tik tam, kad būtų racionaliai naudojamos valstybės lėšos, bet ir tam, kad būtų užtikrinta sąžiningos konkurencijos laisvė. Iš to išplaukia, kad perkančiųjų organizacijų pareigos užtikrinti skaidrumą įtvirtinimas susijęs su šiais tikslais:

- 1) skaidrumas yra skirtas užkirsti kelią protegavimui, t. y. išimtinio tiekėjo ar tiekėjo prekių protegavimui. Skaidrumas yra būtinas, kad būtų išvengta tokio pobūdžio konkurencijos iškraipymų, kadangi skaidrumas skatina perkančiąsias organizacijas viešinti savo procedūras bei atskleisti savo priimamų sprendimų motyvus, taip pat sprendimus priimti remiantis objektyviais argumentais;
- 2) skaidrumas padeda didinti konkurenciją viešuosiuose pirkimuose, kadangi per procedūrų viešinimą tiekėjai yra skatinami dalyvauti pirkimuose (Kenstavičius iš Skovgaard, Lykke, 2012).

Pagal D. Soloveičik paprastai tais atvejais, kai viešųjų pirkimų sistema nefunkcionuoja skaidriai ir jai gali turėti įtakos subjektyvūs interesai, toje rinkoje veikiantys tiekėjai nėra suinteresuoti dalyvauti viešųjų pirkimų procedūrose, nes jie turi išankstinę nuomonę, jog toks dalyvavimas yra deklaratyvus, o faktiniai laimėtojai yra aiškūs be konkurencinės kovos (Soloveičik, 2014).

Profesorė Sue Arrowsmith nurodė, kad konkurencijos užtikrinimas buvo įtvirtintas tam, kad padėtų užtikrinti skaidrumą, taip pat kad būtų užkirstas kelias diskriminacijai. Todėl konkurencija yra reikalinga tam, kad būtų užtikrintas skaidrumas, o ne atvirkščiai (Arrowsmith, 2014). Autorės nuomonė ginčytina, kadangi iš jos minties galima suprasti, kad konkurencijos užtikrinimas nusilpsta prieš skaidrumo principą. Manytina, kad teik skaidrumas, tiek konkurencijos užtikrinimas viešuosiuose pirkimuose yra pernelyg svarbūs, kad būtų galima vieną iš minėtų tikslų laikyti tik kito tikslo priemone. Todėl turėtų būti derinamas siekis, kad pirkimo procedūros būtų pakankamai skaidrios ir būtų užtikrinta sąžininga konkurencija. Reikalavimas užtikrinti skaidrumą yra tiesiogiai susijęs su konkurencijos skatinimu viešuosiuose pirkimuose, todėl skaidriai vykdant viešuosius pirkimus, užtikrinama ir konkurencija.

Kitas didelę reikšmę viešuosiuose pirkimuose turinčių principų yra lygiateisiškumas. Lygiateisiškumas yra laikomas netgi vienu pagrindinių viešųjų pirkimų tikslų. Lygiateisiškumo principas turi ganą plačią reikšmę, jis draudžia bet kokią diskriminaciją. Iš esmės juo reikalaujama, kad vienodos situacijos būtų traktuojamos vienodai, o asmenys nei pagal įstatymą, nei pagal teismo sprendimus nebūtų diskriminuojami vienas kito atžvilgiu. Kasdienėje viešųjų pirkimų praktikoje lygiateisiškumas (nediskriminavimas) paprasčiausiai reiškia formalųjį VPI ir pirkimo dokumentų nuostatų bei sąlygų, pagal kurias turi būti organizuojamas ir vykdomas viešasis pirkimas, laikymąsi. Tai reiškia, kad nė vienam tiekėjui negali būti daromos nuolaidos ar teikiamos lengvatos, palyginti su kitais tiekėjais (Soloveičik, 2014).

Verta paminėti, kad lygiateisiškumo principas yra iš esmės sutampantis su nediskriminavimo principu. Nediskriminavimo principas draudžia perkančiosioms organizacijoms imtis tam tikrų veiksmų, o lygiateisiškumo principas reikalauja, jog perkančiosios organizacijos imtųsi tam tikrų veiksmų. Taigi, tiek lygiateisiškumo, tiek nediskriminavimo principai paprastai reiškia viešųjų pirkimų teisinių santykių dalyvių – perkančiosios organizacijos ar subjekto, viešuosiuose pirkimuose priimančio visuotinai privalomojo elgesio pozityviašias (lygiateisiškumas) ir negatyviašias taisykles (nediskriminavimas).

Lygiateisiškumo principas taip pat turi tiesioginį santykį su konkurencijos užtikrinimu. Lygiateisiškumas yra būtinas tam, kad viešuosiuose pirkimuose būtų užtikrinta konkurencija. Perkančiosios organizacijos turi pareigą užtikrinti, kad visi tiekėjai turėtų vienodas sąlygas vykdant viešojo pirkimo procedūras. Tiekėjų dalyvavimas viešajame pirkime nėra savitiksliis, paprastai tiekėjai siekia pirkimą laimėti. Todėl perkančioji organizacija turi užtikrinti, kad tiekėjų pasiūlymai ir atitikimas reikalavimams būtų vertinamas pagal vienodus kriterijus, nei vienam tiekėjui nesudarant lengvatų, o tai daro įtaką tiekėjų suinteresuotumui viešųjų pirkimų procedūromis.

Jeigu perkančiosios organizacijos nesilaikytų lygiateisiškumo principo, tai lemtų tiekėjų mažą susidomėjimą pirkimo procedūromis ir neigiamą poveikį konkurencija. Be to, atsižvelgiant į artimus ryšius tarp lygiateisiškumo bei konkurencijos užtikrinimo, yra tendencija juos asimiliuoti ir laikyti, jog lygiateisiškumo reikalavimai yra patys savaime pakankami, kad garantuotų, jog konkurencija viešųjų pirkimų procese būtų užtikrinta. Tačiau tam tikrais atvejais lygiateisiškumo principo taikymo gali nepakakti, kad būtų užtikrinta konkurencija. Konkurencijos užtikrinimas apima papildomus reikalavimus, kurie turėtų būti suderinti su lygiateisiškumo principu. Tai reiškia, jog konkurencijos užtikrinimas yra šiek tiek specifiškesnis, t. y. tam tikrais atvejais nustatantis papildomų

reikalavimų viešųjų pirkimų teisės reguliavimui bei taikymui nei bendrasis lygiateisiškumo principas. Pavyzdžiui, yra svarbu atsižvelgti į proporcingumą, kuris reikalauja, jog skirtingos situacijos būtų vertinamos skirtingai (nevienodai) tik tais atvejais, kai situacijų faktinės aplinkybės yra pakankamai skirtingos, t. y. egzistuoja pakankamai svarbūs ir reikšmingi skirtumai. Tad pernelyg formalus ir griežtas lygiateisiškumo principo taikymas jį suabsoliutinant lemtų konkurencijos apribojimą, pavyzdžiui, jeigu dėl pernelyg formalios priežasties tiekėjas būtų pašalintas iš viešojo pirkimo procedūrų (Kenstavičius, 2019).

Proporcingumo principo esmę sudaro siekiamų tikslų ir jiems pasirenkamų priemonių derinimas, t. y. šių priemonių atitikimo tikslams vertinimas. Proporcingumo principo galiojimas aiškiausiai matyti nustatant reikalavimus tiekėjų kvalifikacijai. VPĮ 32 straipsnio 2 dalis nurodo, kad perkančiosios organizacijos nustatyti minimalūs reikalavimai kandidatų kvalifikacijai turi būti proporcingi pirkimo objektui (Ruseckas, 2010).

Vienodo požiūrio principas, tiek iš jo kylantis skaidrumo įsipareigojimas reikalauja, kad viešojo pirkimo objektas ir viešojo pirkimo sutarties kriterijai būtų aiškiai apibrėžti nuo viešojo procedūros pradžios. Ekonomiškai naudingiausio pasiūlymo vertinimo kriterijai turi būti suformuluoti taip, kad leistų visiems deramai informuotiems ir įprastai rūpestingiems konkurso dalyviams žinoti tikslią jų apimtį, juos aiškinti vienodai. Reikalavimas laikytis lygybės, nediskriminavimo ir skaidrumo principų reiškia, kad sutarties sudarymo kriterijai būtų objektyvūs, o tai užtikrina, jog pasiūlymų palyginimas ir vertinimas vyks objektyviai, t. y. veiksmingos konkurencijos sąlygomis. Lygybės, nediskriminavimo ir skaidrumo principai sukelia tuos pačius padarinius, kai kalbama apie sutarties sudarymo kriterijus, kurie taip pat yra esminės viešojo pirkimo sąlygos, nes jie bus lemiami išsirenkant pasiūlymą iš tų, kurie atitinka perkančiosios organizacijos techninėse specifikacijose suformuluotus reikalavimus (Vilniaus apygardos administracinio teismo 2022-01-25 sprendimas administracinėje byloje).

Apibendrinant, galima teigti, kad siekis užtikrinti kuo didesnę tiekėjų konkurenciją neturi paneigti viešojo pirkimo principų. Viešojo pirkimo principai tiesiogiai susiję su konkurencijos užtikrinimu, jie yra pagrindinė priemonė konkurencijos įgyvendinimui. Skaidrus viešojo pirkimo siekimas nėra savitikslis, jis padeda siekti kitų tikslų – tiekėjų lygiateisiškumo, skaidrumo, kuriais užtikrinama neiškraipyta tiekėjų tarpusavio konkurencija. Todėl tik nuoseklus ir tikslus pirkimo sąlygų reikalavimų laikymasis ir vienodas jų nuostatų traktavimas visų be išimties tiekėjų atžvilgiu gali užtikrinti paskelbto konkurso skaidrumą, konkurencijos užtikrinimą ir galimybę objektyviai nustatyti konkurso laimėtoją.

1.2. Sąžininga konkurencija ir tiekėjų nediskriminavimas

Konkurencijos apsaugą įtvirtina Lietuvos Respublikos Konstitucijos 46 straipsnio 4 dalis, kurioje nurodyta, kad „Įstatymas draudžia monopolizuoti gamybą ir rinką, saugo sąžiningos konkurencijos laisvę“ (Lietuvos Respublikos Konstitucija, 1992). Konstitucinis sąžiningos konkurencijos apsaugos imperatyvas įgyvendinamas Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymu. Konkurencijos įstatyme *expressis verbis* įtvirtinta ūkio subjektų laisvė nepriklausomai veikti rinkoje, tačiau griežtai draudžiama atlikti veiksmus, kurie riboja ar gali riboti konkurenciją. Pagal įstatymą konkurenciją ribojančiais veiksmais yra laikomi veiksmai, sudarantys kliūtis ūkio subjektams konkuruoti atitinkamoje rinkoje ar galintys susilpninti, iškraipyti arba kitaip neigiamai paveikti konkurencijos sąlygas (Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas, 1999).

Klasikinės politinės ekonomijos mokyklos atstovai ypač pabrėžia dvi ypatybes, apibūdinančias konkurencinę situaciją: naujovių diegimą ir laisvą įėjimą į rinką, o rinkoje veikiančių įmonių skaičiaus ar jų dydžio nemano esant reikšmingu konkurencijos veiksmingumo rodikliu. Maža to, pripažįstama, kad laikinas rinkos jėgos įgijimas, įdiegus naujoves, gali būti konkurencinio proceso ir natūralios įmonių atrankos dalis (Mosca, 2005). Šiuo atžvilgiu konkurencija veikia kaip jėga, kuri ilguoju laikotarpiu panaikina antpelnius ir nepatenkintą paklausą: rinkos dalyviai keičia prekių kainas, atsižvelgdami į rinkos sąlygas ir varžydamiesi dėl pirkėjų dėmesio. Taigi, klasikų manymu, pats konkuravimo procesas skatina inovacijas, technikos pažangą, kokybiškesnį vartotojų poreikių tenkinimą ir taip reikšmingai prisideda prie visuomenės gerovės didinimo. Ekonomikos efektyvumas ir vartotojų gerovės didėjimas užtikrinamas, jeigu rinkos dalyviams nesudaroma kliūčių veiksmingai konkuruoti, jei visi rinkos dalyviai savo ūkinėje veikloje vadovaujasi sąžininga praktika ir gerais papročiais, netrukdydami kitiems rinkos dalyviams konkuruoti (Klimašauskienė, 2007).

Konkurencijos apsauga susijusi su viešaisiais pirkimais įtvirtinta VPĮ 17 straipsnio 3 dalyje „Planuojant pirkimus ir jiems rengiantis negali būti siekiama išvengti šiame įstatyme nustatytos tvarkos taikymo ar dirbtinai sumažinti konkurenciją. Laikoma, kad konkurencija yra dirbtinai sumažinta, kai pirkimu nepagrįstai sudaromos palankesnės ar nepalankesnės sąlygos tam tikriems tiekėjams“ (Viešųjų pirkimų įstatymas, 1996).

Konkurencijos teisė ir viešieji pirkimai susikerta dviem aspektais: 1) kovoje su antikonkurencine praktika viešuosiuose konkursuose ir 2) sprendžiant konkurencijos iškraipymus, atsirandančius dėl viešųjų institucijų veiksmų ar reguliavimo. Dažniausiai konkurencija vertinama pagal tai kaip tiekėjai ją užtikrina ar nėra konkurenciją ribojančių

susitarimų, korupcijos atvejų ir pan. Dažniausiai aptariamas konkurencijos iškraipymas viešajame konkurse yra susijęs su antikonkurenciniais konkurso dalyvių susitarimais, kuriais siekiama manipuliuoti konkurencija. Tačiau manytina, kad pirmiausia konkurencijos užtikrinimas viešuosiuose pirkimuose prasideda nuo perkančiosios organizacijos atsakomybės vienoje iš pirminių viešųjų pirkimų stadijų, t. y. parengtų pirkimų sąlygų teisėtumo. Kadangi šiame darbe analizuojami klausimai susiję su viešaisiais pirkimais, jų metu parengtomis pirkimo sąlygomis, o ne konkurencijos teise, todėl ir konkurencijos užtikrinimas analizuojamas minėtuoju aspektu.

Kaip žinoma, viešuosiuose pirkimuose draudžiama dirbtinai riboti konkurenciją, tai reglamentuoja viešųjų pirkimų įstatymas. Tačiau iš įstatymo normos nėra aišku, ar konkurencijos užtikrinimas yra tikslas, principas ar tai yra vertybė pati savaime (kaip galutinis tikslas), ar tai tėra priemonė kitam tikslui (ar keletui tikslų) pasiekti.

Albert Sanchez-Graells analizavo konkurencijos vaidmenį viešuosiuose pirkimuose ir, konkrečiau, ar konkurencija turėtų būti traktuojama kaip reguliavimo tikslas, kaip bendrasis viešųjų pirkimų teisės principas, kaip specifinis (numanomas ar aiškus) reikalavimas atskirose teisės nuostatose arba visa tai kartu. Pagal autorių, konkurencijos kaip tikslo, bendrojo principo arba konkrečios nuostatos reikalavimo padėtis sudėtingoje reguliavimo sistemoje turi didelių pasekmių ir praktinio poveikio. O šitų nėra visada atsižvelgiama kuriant viešųjų pirkimų sistemą arba ją aiškinant.

Autorius pirmiausia analizuoja konkurenciją kaip viešųjų pirkimų tikslą ir nurodo, jog klausimas nėra toks, ar konkurencija turi būti viešųjų pirkimų reguliavimo tikslas, o kiek toli turėtų siekti šis tikslas ir kaip jį suderinti su kitais tikslais. Autoriaus nuomone konkurencija yra neišvengiamas viešųjų pirkimų reguliavimo tikslas, tačiau reikia pažymėti, jog tai nereiškia „neriboto“ ar „absoliutaus“ tikslo. Konkurencijos užtikrinimas turi siekti proporcingo viešųjų sutarčių konkurencijos didinimo ir konkurencijos iškraipymų, atsirandančių dėl viešųjų pirkimų praktikos, sumažinimo (Graells, 2022).

Atsižvelgiant į neišvengiamą konkurencijos tikslo egzistavimą, galima kelti klausimą, koks yra santykis tarp tikslo ir principo. Skirtumas tarp konkurencijos tikslo ir konkurencijos principo gali atrodyti neryškus, tačiau, autoriaus nuomone, konkurencijos principas turi būti suprantamas kaip konkurso tikslo „išvertimas“ arba „materializavimas“. Konkurencijos principas yra teisinė skraistė, suteikiama reguliavimo tikslui numatyti priemonės jam įgyvendinti, užtikrinant, kad aiškinimas, atitinkamų taisyklių taikymas ir vykdymas yra suderinti su reguliavimo tikslu. Konkurencijos principo turinys ir prasmė turi atspindėti apimtį ir reguliavimo tikslo ribas. Šiuo atžvilgiu konkurencijos principas yra tas, kad (i) viešųjų pirkimų taisyklės turi būti aiškinamos ir taikomos konkurenciją

skatinančiu būdu, kad jie netrukdytų, neribotų ar neiškraipytų konkurencijos, ir ii) sudaryti sutartis subjektai turi susilaikyti nuo bet kokios viešųjų pirkimų praktikos, kuri užkerta kelią, riboja arba iškraipo varžybas tarp tiekėjų (Graells, 2022). Sąžiningos konkurencijos principas yra neatskiriama viešųjų pirkimų proceso dalis. Taip pat sąžiningos konkurencijos principas yra konstitucinė vertybė, kurią reikia saugoti ir užtikrinti kiekvienoje viešojo pirkimo procedūroje. Taigi kiekvienas dalyvis turi laikytis šio principo (Soloveičik, Šimanskis, 2019).

Darytina išvada, kad konkurencija viešuosiuose pirkimuose turi kelis vaidmenis, tai yra vienas svarbiausių tikslų, principų ir reikalavimų, todėl konkurencijos užtikrinimas turėtų būti laikomas *per se* vertybe ir priemone kitiems tikslams pasiekti. Sąžininga konkurencija visuotinai pripažįstama kaip viena didžiausių demokratinės visuomenės vertybių. Sąžininga konkurencija užtikrina rinkoje teisingumą, saugo vartotojų interesus, prekės kainos atitinkant jos vertę rinkoje. Nors VPI vis dar nėra *expressis verbis* įtvirtinta, kad sąžininga konkurencija yra viešųjų pirkimų principas, tačiau tai yra ekonomikos veikimo pagrindas, todėl ji turi būti saugoma kaip visuma, net tokio principo ar tikslo *expressis verbis* nenustačius. Tačiau taip pat akivaizdu, jog aiškus bendro konkurencijos principo pripažinimas būtų geriausia teisinė priemonė, užtikrinanti tiek konkurencinį teisės normų aiškinimą, tiek konkurenciją skatinančią viešųjų pirkimų praktikos orientavimąsi. Teismų praktikoje taip pat pažymėta, kad sąžininga konkurencijos laisvė ne tik yra tiesiogiai iš Konstitucijos kylantis imperatyvas, bet kaip ne kartą pažymėta, ji laikytina viešųjų pirkimų teisinio reguliavimo pamatu. Kasacinio teismo praktikoje ne kartą konstatuota, kad nesuvaržyta tiekėjų konkurencija – iš VPI implicitiškai (netiesiogiai) išplaukiantis reikalavimas, jo neįtvirtinimas įstatyme *expressis verbis* (lot. tiesiogiai) nepaneigia šio perkančiajai organizacijai keliamo reikalavimo, nes vienas svarbiausių viešųjų pirkimų procedūrų reglamentavimo siekių – užtikrinti konkurenciją (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2018-09-04 nutartis civilinėje byloje, Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2017-07-12 nutartis civilinėje byloje).

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas yra pažymėjęs, kad viešųjų pirkimų teisinio reguliavimo tikslai negali būti pasiekti, jei taikant Viešųjų pirkimų įstatymą nebus atsižvelgiama į siekį saugoti ir užtikrinti veiksmingą bei sąžiningą konkurenciją rinkoje (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2011-12-09 nutartis civilinėje byloje). Todėl konkurencijos užtikrinimas yra viena iš viešųjų pirkimų teisinio reguliavimo priežasčių. Tiekėjų tarpusavio konkurencijos skatinimas yra labai svarbus, kadangi didesnis tiekėjų skaičius lemia efektyvesnes ir ekonomiškесnes sąlygas išsirenkant pirkimo laimėtoją. Konkurencijos užtikrinimas viešuosiuose pirkimuose iš esmės yra siejamas su bendrąja

pareiga nepagrįstai neriboti tiekėjų galimybės dalyvauti pirkime. Kitaip tariant, konkurencijos užtikrinimas viešuosiuose pirkimuose yra susijęs su skaitlingumu – kuo daugiau tiekėjų turi galimybę dalyvauti viešajame pirkime, tuo didesnė konkurencija užtikrinama. Pavyzdžiui, perkančiosios organizacijos neturėtų skelbti konkursų dėl sutarčių, kurias įgyvendinti gali tik vienas rinkos dalyvis ar nedidelis jų skaičius, nes taip būtų stiprinamos oligopolinės struktūros ir praktiškai užkertamas kelias į rinką patekti naujiems dalyviams (Žalioji knyga dėl ES viešųjų pirkimų politikos modernizavimo Efektyvesnės Europos viešųjų pirkimų rinkos kūrimas, 2011). Taigi, svarbu ne tik užtikrinti, kad viešųjų pirkimų taisyklės ir administracinė praktika užkirstų kelią konkurencijos iškraipymui tam tikrame konkurse, bet ir nedarytų neigiamo šalutinio poveikio konkurencijai atitinkamoje rinkoje.

Pagal D. Soloveičik teisingas (sąžiningas) elgesys su tiekėjais viešuosiuose pirkimuose yra laikomas savarankišku tikslu, kurio įgyvendinimas svarbus toms viešųjų pirkimų sistemoms, kuriose siekiama aukščiausio šių procedūrų veikimo standarto. Teisingo elgesio su tiekėjais siekiamybė yra siejama su universaliu principu ir visuotinai pripažįstama teisingo proceso teise, kuri šiais atvejais turi būti laiduojama pirkimuose dalyvaujantiems tiekėjams (Soloveičik, 2014). Pagal Š. Keserauską konkurencija – tai vertybė, įrašyta į šalies Konstituciją. Autoriaus nuomone, kai yra konkurencija, galime tikėtis ne tik mažesnių kainų, bet ir geresnės kokybės prekių, paslaugų, platesnio jų pasirinkimo bei inovacijų.

Tiekėjų nediskriminavimas taipogi vienareikšmiai susijęs su konkurencijos užtikrinimu. Perkančioji organizacija tiekėjų nediskriminavimą turi užtikrinti pirkimo dokumentuose nustatydamą pagrįstus minimalius tiekėjų kvalifikacijos reikalavimus, techninius reikalavimus pirkimo objektui, viešojo pirkimo sutarties vykdymo bei kitas pirkimo sąlygas. Pirkimo sąlygos neturi suteikti perkančiajai organizacijai besąlyginio pasirinkimo laisvės (Ruseckas, 2010). Kartais diskriminavimo *de jure* nėra, nes nustatytas reguliavimas (taisyklės, principai, kriterijai) iš principo taikytinas visiems ūkio subjektams vienodai, tačiau taikant jį praktikoje diskriminavimas *de facto* visgi galimas (Pajarskas, 2014). Taigi, nepaisant kriterijų vienodumo, tai dar nereiškia, kad jie bus taikomi praktikoje taip, kad nebūtų diskriminacijos. Todėl perkančiajai organizacijai, kuri laikosi nediskriminavimo principo draudžiama:

- diskriminuoti kitos ES valstybės narės tiekėjus ar sudaryti bet kokias kliūtis dalyvauti kitos ES valstybės narės tiekėjui viešojo pirkimo konkurse;
- pirkimo dokumentuose, ypač techninėse specifikacijose, nurodyti konkrečius nacionalinius standartus ir reikalavimus;

- nurodyti nepagrįstai aukštus reikalavimus tiekėjų kvalifikacijai;
- viešojo pirkimo dokumentuose naudoti konkrečius prekių pavadinimus, ženklus ar tipus, technines charakteristikas (Ruseckas, 2010).

Egzistuoja tiesioginė ir netiesioginė tiekėjų diskriminacija viešąjį pirkimų procese (Reich, 1999):

- 1) Tiesioginės pirkėjų diskriminacijos atvejai: kainos kėlimas užsienio tiekėjams, speciali tiekėjų pasirinkimo tvarka, ribojanti užsienio tiekėjų galimybes, kai kurių viešojo pirkimo– pardavimo sutarčių skyrimas tik nacionaliniam sektoriui, draudimas pirkti objektus iš konkrečių valstybių tiekėjų, kompensavimo reikalavimas užsienio tiekėjams, kad šie įsigytų dalį prekių ar paslaugų vidaus rinkoje.
- 2) Netiesioginės diskriminacijos atvejai: pirkimų technikos suvaržymas, nelygios galimybės susipažinti su informacija apie pirkimo procedūras, trumpi siūlymų pateikimo terminai, kvalifikacinis reikalavimas užsienio tiekėjui turėti filialą konkrečioje šalyje, specifinis techninių kvalifikacijų parengimas, pretenzijų ir skundų nagrinėjimo mechanizmo nebūvimas.

Apibendrinant galima teigti, jog siekiant sukurti tinkamai veikiančią viešųjų pirkimų mechanizmą konkurencijai gali būti priskiriami keli vaidmenys. Konkurencija turi būti laikoma tiek tikslu, tiek bendruoju principu (numanomas ar aiškus), tiek reikalavimu. Trumpai tariant, nors VPI vis dar nėra *expressis verbis* įtvirtinta, kad sąžininga konkurencija yra viešųjų pirkimų principas, tačiau tik aiškus bendro konkurencijos principo pripažinimas būtų geriausia teisinė priemonė, užtikrinanti konkurencinį teisės normų aiškinimą, apribotą principo interpretavimą ir padedanti priemonė padengti reguliavimo spragas. Be to, konkurencijos mažinimas viešajame pirkime yra reikšmingai susijęs su tiekėjų diskriminacijos nustatymu – nei vienas viešojo pirkimo dalyvis neturi būti mažiau palankioje padėtyje nei kiti. Atsižvelgiant į tai, toliau šiame darbe bus analizuojama problematika būtent dėl tiekėjų diskriminavimo ir neaiškių, neproporcingų viešojo pirkimo sąlygų, dėl kurių yra susiaurinama tiekėjų konkurencija, o diskriminacinėmis priemonėmis siekiama pašalinti „nenaudingus“ tiekėjus.

2. KONKURENCIJOS UŽTIKRINIMAS IR IŠ TO IŠPLAUKIANČIOS PERKANČIOSIOS ORGANIZACIJOS DISKRECIJOS RIBOS RENGIANT VIEŠOJO PIRKIMO SĄLYGAS

Viešųjų pirkimų įstatymas iš esmės nustato tik bendruosius įpareigojimus perkančiosioms organizacijoms neriboti tiekėjų konkurencijos ir ją užtikrinti, nediskriminuoti, laikytis viešųjų pirkimų principų, tačiau tai, kaip perkančiosios organizacijos laikosi šių įpareigojimų, iš esmės priklauso nuo pačių perkančiųjų organizacijų. Viešuosiuose pirkimuose sąžiningos konkurencijos laisvės imperatyvas atskirais atvejais net neturi absoliutumo, t. y. iš jo gali būti daromos išimtys, kai, pavyzdžiui, visuomenės intereso patenkinimas reikalauja ypatingos skubos, kuri pateisintų pirkimo objekto poreikio išskėlimą prieš sąžiningą tiekėjų konkurenciją. Todėl viešuosiuose pirkimuose reikia nuolat teisiškai vertinti perkančiųjų organizacijų veiksmų pagrįstumą, joms naudojantis diskrecijos teise. Pagrindinis viešųjų pirkimų tikslas sąžiningas tiekėjų konkurencijos užtikrinimas negali būti paliekamas absoliučiai perkančiosios organizacijos diskrecijai. Tuo labiau, absoliuti diskrecija negali būti protingai pateisinama.

Vargu, ar perkančiosios organizacijos siektų didesnio skaidrumo, viešumo reikalavimų įgyvendinimo, jei turėtų neribotą diskreciją, taigi teisės aktai nustato tam tikrus reikalavimus, kurie riboja perkančiųjų organizacijų diskreciją siekiant užtikrinti tiek viešuosius, tiek privačius tiekėjų lūkesčius dalyvauti konkurse ir jį laimėti. Iš esmės perkančiųjų organizacijų diskrecijos ribojimo veiksniai yra sąmoningi ir nulemti poreikio užtikrinti skirtingų interesų apsaugą (Sakalauskaitė, 2017).

Juolab, konkurencijos užtikrinimas yra subtilus dalykas ir teisės normose negali būti numatytos visos galimos situacijos, kurioms susiklosčius kyla grėsmė neužtikrinti konkurencijos. Konkurencijos užtikrinimas prasideda nuo sudarytų sąlygų tiekėjams konkuruoti, siekiant užtikrinti veiksmingą, sąžiningą ūkio subjektų konkurenciją. Konkurencija gali būti siejama ir su platesniu kontekstu – verslo sąlygų gerinimu ir ekonomikos augimo skatinimu, o už tai pirmiausia atsakinga perkančioji organizacija. Siekiant užtikrinti veiksmingą ūkio subjektų konkurenciją ir išvengti neobjektyvių sprendimų reikalaujama, kad sutarties sudarymo kriterijai būtų susieti su sutarties objektu, kad jais perkančiajai organizacijai nebūtų suteikiama neribota pasirinkimo laisvė ir kad jie būtų aiškiai išdėstyti konkurso dokumentuose.

VPI 35 straipsnio 4 dalyje įtvirtinta perkančiųjų organizacijų pareiga dėl pirkimo dokumentų tikslumo ir aiškumo kyla iš bendrosios perkančiųjų organizacijų pareigos objektyviai ir kruopščiai vykdyti viešojo pirkimo procedūras, užtikrinti viešųjų pirkimų principų laikymąsi ir tikslo pasiekimą. Kitaip sakant, už VPI tinkamą vykdymą ir pasiektus rezultatus pirmiausia atsakinga būtent perkančioji organizacija.

VPI reglamentuoti viešųjų pirkimų principai, kurių įgyvendindamos suteiktas diskrecijos teises privalo laikytis perkančiosios organizacijos. VPI perkančiajai organizacijai viešojo pirkimo procese suteikiamos teisės privalo būti naudojamos taip, kad tai nelemtų neribotos jos diskrecijos. Perkančiosios organizacijos sprendimai pagal VPI nuostatas ar pirkimų taisykles turi būti motyvuoti bei objektyviai pagrįsti, primami sprendimai bet kokių atveju negali pažeisti viešųjų pirkimų principų, nukrypti nuo viešųjų pirkimų tikslo (Klaipėdos apygardos teismo 2015-03-10 sprendimas civilinėje byloje).

Vienas iš svarbiausių viešųjų pirkimų principų – skaidrumo principas – įpareigoja perkančiąsias organizacijas, vykdančias viešųjų pirkimų procedūras, užtikrinti pakankamą procedūrų viešumą, kaip favoritizmo rizikos ir savavališkumo išvengimo bei neiškraipytos tiekėjų tarpusavio konkurencijos užtikrinimo garantą. Skaidrumo principas, be kita ko, reiškia tiekėjų galimybę patikrinti perkančiosios organizacijos priimtus sprendimus, juos ginčyti ir būti tikriems, kad viešųjų pirkimų ginčus nagrinėjančių institucijų priimti sprendimai bus tinkamai įgyvendinti (Soloveičik, 2008).

Viešųjų pirkimų įstatymo 17 straipsnyje numatyta, jog perkančiosios organizacijos ekonominės veiklos vykdytojus vertina vienodai ir jų nediskriminuoja, jos veikia skaidriai ir vadovaujasi proporcingumo principu. Tai suponuoja tiekėjų teisėtus lūkesčius, kad perkančioji organizacija visiems tiekėjams sudarys vienodas sąlygas konkuruoti tarpusavyje jiems suteikiant galimybę pateikti savo pasiūlymus (Viešųjų pirkimų reglamentavimo ir teismų praktikos apžvalga AC-38-1). Todėl perkančioji organizacija, pirkimo dokumentuose turi nustatyti minimalius tiekėjų kvalifikacijos reikalavimus, techninius reikalavimus pirkimo objektui, viešojo pirkimo sutarties vykdymo sąlygas ir kitas konkurso sąlygas, kuriomis turi užtikrinti tiekėjų nediskriminavimą ir lygiateisiškumą. Konkurso sąlygos neturi suteikti perkančiajai organizacijai besąlyginio pasirinkimo laisvės ar neribotos diskrecijos (nuožiūros) (Teisingumo Teismo 1988-09-20 sprendimas). Pernelyg didelė perkančiosios organizacijos diskrecija ar itin laisvas naudojimasis VPI jai suteikta kompetencija gali lemti nelygiavertę tiekėjų padėtį konkurse ir šio procedūrų neskaidrumą, neobjektyvumą (Viešųjų pirkimų reglamentavimo ir teismų praktikos apžvalga AC-38-1).

Perkančiosios organizacijos organizuojamos viešojo pirkimo procedūros turi būti skaidrios, nediskriminuoti tiekėjų, turi suponuoti lygias galimybes tiekėjams sudarant viešojo pirkimo sutartį, o ne prieštarauti rinkos konkurencijos taisyklėms. Todėl, viešųjų pirkimų teisinis reglamentavimas turi užtikrinti tokio masto skaidrumą, kurio pakaktų tiekėjams veiksmingai konkuruoti tarpusavyje, ginti pažeistas teises, sudaryti kliūtis korupcijos reiškiniams, o suinteresuotai visuomenei garantuotą teisę gauti informaciją dėl nesąžiningų ir neskaidrių viešųjų pirkimų procedūrų.

Tam, kad viešųjų pirkimų sistema veiktų efektyviai ir perkančiosios organizacijos nupirktų ne tik tai, ko reikia, bet ir *quid pro quo*, joms turi būti suteikiama atitinkama veikimo laisvė. Deja, praktika yra tokia, kad vienintelio atsakymo į klausimą, kokios yra tokios veikimo laisvės ribos, ką ir kiek gali perkančioji organizacija, kada ji turėtų būti palaikoma, o kada jos priimti sprendimai yra neteisėti, nėra. Šioje srityje yra daug „pilkųjų zonų“, kuriose veikimas yra pagrįstas būtent perkančiųjų organizacijų diskrecija (Soloveičik, 2020).

D. Soloveičik viename iš savo mokslinių darbų analizavo perkančiosios organizacijos diskreciją, jos ribas. Darbe nurodyta teisės filosofo R. Dworkino žaisminga metafora apibūdinanti diskreciją kaip teisės fenomeną. Jis teigia, kad diskrecija – tai „skylė spurgoje“ (Dworkin, 2013). R. Dworkino metafora tiksliai užfiksuoja mūsų instinktyvų jausmą apie diskreciją kaip išimtinai neigiamą reiškinį. Tarsi teisės norma ir diskrecija būtų dvinarės priešybės, kai vienai esant atrodo, kad kitos nėra, t. y. gali būti teisės taisyklė arba teisės subjekto veikimo laisvė, bet ne abi (Soloveičik, 2020). D. Soloveičik pažymi, kad esant galimybei veikti savo nuožiūra atsiranda subjektyvumo galimybė, taikant teisę, kas savaimė eliminuoja precizišką ir pamatuojamą veikimo tikslumą. Todėl teisės literatūroje teisingai pažymima, kad, jeigu teisės normos yra tikslumo išraiška (bent teoriškai taip turėtų būti visais atvejais), tai diskrecija yra tam tikro teisinio nekonkretumo atspindys (Soloveičik iš Bogojevič 2019).

Perkančiosioms organizacijoms viešuosiuose pirkimuose suteikta administracinė (vykdomoji) diskrecija, kiekvieno viešojo pirkimo metu, *inter alia*, jos sprendžia dėl nustatytinų reikalavimų tiekėjams (negatyvaus ir pozityvaus pobūdžio), pirkimo objekto techninės specifikacijos reikalavimų, pasiūlymo vertinimo kriterijaus, viešojo pirkimo sutarties sąlygų ir kt.

D. Soloveičik nuomone perkančiosioms organizacijoms pripažįstama diskrecija *per se*, tačiau ji yra ribojama. Todėl natūralus praktinis klausimas, kiek perkančiųjų organizacijų diskrecija yra ribojama arba kokios yra perkančiosios organizacijos diskrecijos ribos? Autorius teigia, kad perkančiųjų organizacijų diskrecija, kaip teisinė

kategorija, visada turi būti derinama su viešųjų pirkimų tikslais, principais ir atitinkamai diskrecija turi būti leidžiama, jeigu ji skatina ir prisideda prie šių tikslų įgyvendinimo ir konkurencijos skatinimo per konkretų viešąjį pirkimą (Soloveičik, 2020).

Teisinga būtų manyti, kad tais atvejais, kai vertinama, kada, kokios apimties ir kaip turėtų ar galėtų pasireikšti perkančiųjų organizacijų diskrecija viešuosiuose pirkimuose (kuri, kaip išanalizuota anksčiau, yra ne tik leidžiama, bet ir ribojama), turi būti vadovaujamosi konkurencijos skatinimo kompasu. Kitaip tariant, konkurencijos skatinimas yra reikšmingas dėmuo, nustatant, ar perkančiosios organizacijos diskrecija konkrečiu atveju yra galima, ribojama ar apskritai draudžiama (Soloveičik, 2020).

Kasacinis teismas taip pat yra pasisakęs, kad neribota diskrecijos laisvė perkančiosios organizacijos veiksmuose draudžiama, todėl ji negali savo nuožiūra lanksčiai aiškinti ir vertinti konkurso sąlygose nustatytų reikalavimų: vienu atveju plačiau, kitu – siauriau. Toks ribojimas išplaukia iš dalyvių lygiateisiškumo ir skaidrumo principų, viešumo ir objektyvumo reikalavimų (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2010-04-06 nutartis civilinėje byloje).

Ne visuomet lengva pastebėti perkančiųjų organizacijų neteisėtus veiksmus viešajame pirkime, kurie sąlygoja konkurencijos ribojimą. Dažniausiai konkurencija iškreipiama dėl šių situacijų, kurios plačiau bus nagrinėjamos kitose darbo dalyse:

- Nustatant neaiškias ir neproporcingas tikslui pasiekti pirkimo sąlygas;
- Nustatant konkretų perkamo objekto modelį, gamintoją, savybes ir pan.;
- Neužtikrindama galimybės pasiūlyti lygiaverčius sprendimus kuriais pasiekiamas toks pat tikslas.

Atsižvelgiant į tai, galima daryti išvadą, kad perkančiosios organizacijos neturi ir negali turėti besąlyginės diskrecijos nustatyti pirkimo sąlygų turinį, įskaitant tokias, dėl kurių būtų apribota konkurencija. Vertinant perkančiųjų organizacijų diskrecija viešuosiuose pirkimuose, turi būti vadovaujamosi konkurencijos skatinimo kompasu, t. y. kuo daugiau perkančiosios organizacijos veiksmai yra skirti konkurencijai skatinti, tuo labiau teisinga teigti, kad tokia veikimo laisvė yra leidžiama. Be to, perkančiosios organizacijos ribos rengiant pirkimo sąlygas turi būti aiškios. Kadangi praktikoje dažnai pasitaiko ginčų dėl perkančiosios organizacijos veiksmų, priimtų sprendimų, toliau bus analizuojami konkretūs atvejai, kuriais perkančiosios organizacijos peržengia diskrecijos ribas ir piktnaudžiauja suteiktomis teisėmis.

2.1. Konkurencijos užtikrinimas nustatant aiškias, tikslias ir nedviprasmiškas pirkimo sąlygas

Ūkio subjektams (tiekėjams) kiekvienas viešasis pirkimas ir galimybė sudalyvauti jame yra svarbi ir reikšminga. Kaip minėta, viešaisiais pirkimais turi būti siekiama užtikrinti kuo didesnę tiekėjų konkurenciją – rinkos ekonomikos reiškinį, nesvarbu, ar tai būtų tarptautinė, ar vidinė rinka. Nustatant pirkimo sąlygas ūkio subjektų konkurencija yra jau iš dalies ribojama, nes kiekviena sąlyga mažina ją galinčių atitikti tiekėjų ratą – nuo kiekvienos pirkimo sąlygos priklauso ūkio subjektų, galinčių dalyvauti pirkime, ratas.

Būtent dėl to pirkimo sąlygos turi būti kuo tikslesnės perkančiosios organizacijos poreikiams, tačiau atitinkančios VPI pagrindinius lygiateisiškumo, proporcingumo, nediskriminavimo ir skaidrumo principus. Tik tokiu būdu bus galima pasiekti viešųjų pirkimų tikslą – racionaliai panaudojant išgyti perkančiajai organizacijai reikiamą pirkimo objektą ir sudarant teisingą bei proporcingą tiekėjų konkurenciją (Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2022-01-19 nutartis administracinėje byloje).

Viešojo pirkimo dokumentai yra fundamentalusis viešojo pirkimo procedūrų teisinio reglamentavimo šaltinis ir nuo šių dokumentų turinio priklauso, kaip, kokia tvarka ir kokiomis sąlygomis bus vykdomas konkretus viešasis pirkimas. Dėl to perkančiosios organizacijos, rengdamos viešojo pirkimo dokumentus, privalo preciziškai laikytis VPI reikalavimų. Perkančiosioms organizacijoms netinkamai įgyvendinant nurodytą pareigą ir parengus VPI nuostatomis, o tam tikrais atvejais, kaip detalizuojama toliau, ir VPT aktams prieštaraujančius pirkimo dokumentus, tokie dokumentai (jų teisėtumas) ne tik gali būti ginčijami viešajame pirkime siekiančių dalyvauti tiekėjų, bet taip pat gali būti teismų pripažįstami neteisėtais, net jeigu tiekėjai tokio reikalavimo nekelia (Viešųjų pirkimų įstatymo komentaras, 2020).

Viešųjų pirkimų teisiniu reglamentavimu siekiama užtikrinti efektyvių ir skaidrių viešųjų pirkimų ir projekto konkursų atlikimą (VPI 1 straipsnio 1 dalis). Perkančioji organizacija pirkimo dokumentuose pateikia visą informaciją apie pirkimo sąlygas ir procedūras (VPI 35 straipsnio 1 dalis). Perkančioji organizacija pirkimo dokumentus rengia vadovaudamasi VPI nuostatomis. Pirkimo dokumentai turi būti tikslūs, aiškūs, be dviprasmybių, kad tiekėjai galėtų pateikti pasiūlymus, o perkančioji organizacija – nupirkti tai, ko reikia (VPI 35 straipsnio 4 dalis).

VPI komentare nurodyta, kad pirkimo dokumentais ne tik užtikrinama, kad kiekvienas suinteresuotas (potencialus) viešojo pirkimo dalyvis, susipažinęs su viešojo pirkimo objektui, tiekėjams keliamais reikalavimais, viešojo pirkimo-pardavimo sutarties

vykdymo sąlygomis, galėtų įvertinti savo kompetenciją, patikimumą ir pajėgumą dalyvauti (vieni ar su trečiaisiais asmenimis) viešajame pirkime bei tinkamai ir laiku įvykdyti viešojo pirkimo-pardavimo sutartį, bet taip pat garantuojama, jog perkančioji organizacija viešojo pirkimo procedūrų metu netaikys tokių reikalavimų, kokie nėra nustatyti viešojo pirkimo dokumentuose. Atitinkamai taip kyla savarankiškas įstatyme įtvirtintas reikalavimas, kad pirkimo dokumentai būtų tikslūs, aiškūs ir be dviprasmybių. Dėl to komentuojamo VPĮ straipsnio 1 dalis yra aiškinama ir taikoma sistemiškai su VPĮ 35 straipsnio 4 dalimi (Viešųjų pirkimų įstatymo komentaras, 2020).

VPĮ ir kituose teisės aktuose įtvirtinti reikalavimai tiek perkančiosioms organizacijoms, tiek tiekėjams yra nustatyti ne tam, kad kaip savitikslių būtų atliktos formalios procedūros, kuriose perkančiųjų organizacijų ir tiekėjo veiksmai atitiktų teisės normas ar atitinkamas pirkimo sąlygas (pvz., dokumento formos reikalavimus), o siekiant viešųjų pirkimų tikslo, išplaukiančio iš viešųjų pirkimų reguliavimo; viešųjų pirkimų teisinių santykių formalizavimas svarbus tiek, kiek tai padeda siekti viešųjų pirkimų tikslų ir nepažeidžia viešųjų pirkimų principų; tiekėjų veiksmų ir perkančiosios organizacijos sprendimų turiningasis vertinimas, atsižvelgiant į viešųjų pirkimų principus ir tikslus, turi viršenybę prieš formalumus (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2017-11-16 nutartis civilinėje byloje, 47 punktą ir jame nurodyta kasacinio teismo praktika).

Kasacinio teismo praktikoje dėl pirkimo sąlygų turinio nuosekliai pabrėžiama, kad pirkimo sąlygos privalo būti aiškios tiek tiekėjams, tiek perkančiosioms organizacijoms, kad pirmieji galėtų tinkamai suformuluoti ir pateikti pirkėjų poreikius atitinkančius pasiūlymus, o antrosios – juos vienodai įvertinti pagal pirkimo sąlygas; pirkimo sąlygos aiškintinos ir taikytinos sistemiškai, nesuabsoliutinant lingvistinio aiškinimo metodo, atsižvelgiant į tikrąją perkančiosios organizacijos valią bei į kituose teisės aktuose įtvirtintas normas, taip pat į kitas nuostatas; (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2014-07-04 nutartis civilinėje byloje, 2015-02-06 nutartis civilinėje byloje).

Tai, ar pirkimo dokumentai atitinka VPĮ reikalaujamą aiškumo ir (arba) tikslumo standartą, sprendžiama kiekvienu atveju individualiai. Tačiau visais atvejais turi būti siekiama objektyviai įvertinti (patikrinti), ar pakankamai gerai informuoti ir normaliai rūpestingi tiekėjai objektyviai galėjo ir turėjo (objektyvusis ir subjektyvusis aspektai) suprasti pirkimo dokumentus taip, kaip teigia perkančioji organizacija. Neigiamas atsakymas lemia, kad pirkimo dokumentai laikytini neteisėtais ir neatitinkančiais komentuojamų VPĮ reikalavimų (Viešųjų pirkimų įstatymo komentaras, 2020).

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas nuosekliai formuoja praktiką dėl perkančiosios organizacijos pareigos laikytis skaidrumo principo, be kita ko, reiškiančio pirkimo sąlygų

aiškumą, tikslumą, nedviprasmiškumą, tam, kad tiekėjai galėtų pateikti pasiūlymus, o perkančioji organizacija nupirkti tai, ko reikia. Tai pasiekama tada, kai pirkimo sąlygų turinys leidžia pakankamai gerai informuotiems ir normaliai rūpestingiems tiekėjams vienodai jas suprasti ir aiškinti, o perkančiajai organizacijai realiai patikrinti, ar tiekėjų pasiūlymai šias atitinka (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2018-05-03 nutartis civilinėje byloje).

Viešųjų pirkimų teisiniuose santykiuose gan dažnai būna taip, kad teorija prasilenkia su praktika, todėl toliau nagrinėjama ne tik tai ką reglamentuoja teisės aktai viešųjų pirkimų srityje, kokios sąlygos laikomos aiškiomis, proporcingomis, bet ir teisinė praktika ir jos metu kylančios problemos.

2.1.1. Paslėpta tiekėjų diskriminacija nustatant neaiškias ir neproporcingas pirkimo sąlygas

Analizei svarbus aspektas – tinkamas pirkimo dokumentų parengimas. Vienas iš esminių reikalavimų viešuosiuose pirkimuose yra, jog pirkimo dokumentai turi būti tikslūs, aiškūs ir be dviprasmybių, siekiant, kad tiekėjai galėtų pateikti pasiūlymus, o perkančioji organizacija galėtų nusipirkti tai, ko jai reikia. Toks tikslas pasiekiamas tada, kai pirkimo sąlygų turinys leidžia pakankamai gerai informuotiems ir normaliai rūpestingiems tiekėjams vienodai jas suprasti ir aiškinti, o perkančiajai organizacijai realiai patikrinti, ar tiekėjų pasiūlymai šias atitinka.

Visų pirma, perkančiosios organizacijos, nustatydamos konkrečius reikalavimus, turi įvertinti, ar formuojamos pirkimo sąlygos reikalingos ir tikslingos, pernelyg nesuvaržys tiekėjų, nelems ginčų. Perkančiosios organizacijos neturėtų kelti perteklinių (nors ir teisėtų) pirkimo sąlygų tiekėjams, net siekdamas papildomos apsaugos. Antra, galimumas kelti tam tikrus reikalavimus (sąlygas) priklauso ir nuo perkančiosios organizacijos galimybės patikrinti atitiktį jiems. Jei perkančioji organizacija negali tinkamai ir objektyviai vykdyti viešojo pirkimo procedūrų pagal savo paskelbtas sąlygas, tokių sąlygų iš tiekėjų ji ir neturėtų reikalauti įvykdyti (Viešųjų pirkimų įstatymo komentaras, 2020). Be to, tiekėjų teisės ribojančios konkursų nuostatos pirkimo dokumentuose turi būti įtvirtintos ypač aiškiai, be dviprasmybių. Atitinkamai, ribojančios nuostatos turi būti aiškinamos siaurai – pirkimo sąlygose aiškiai neįtvirtintus draudimo, kurio turinys vidutiniam atitinkamos rinkos dalyviui nekeltų abejonių, draudžiama priimti sprendimus remiantis šiuo pagrindu (t. y. dėl draudimo nesilaikymo) (Viešųjų pirkimų įstatymo komentaras, 2020).

Kasacinio teismo ne kartą konstatuota, kad, siekdamas nepažeisti iš VPI išplaukiančių imperatyvų, be kita ko, skaidrumo principo, perkančiosios organizacijos, laikydamosi VPI ir kitų teisės aktų nuostatų, privalo nustatyti pirkimo sąlygas taip, kad šiomis būtų neperžengtos joms įstatymo suteiktos diskrecijos ribos, nepagrįstai nebūtų suvaržytos tiekėjų, iš tiesų galinčių tinkamai įvykdyti viešojo pirkimo sutartį, teisės, ūkio subjektų konkurencija; perkančiosios organizacijos turi įvertinti, ar formuojamos pirkimo sąlygos reikalingos ir tikslingos, pernelyg nesuvaržys tiekėjų ar jų nesuklaidins, nelems ginčų (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2014-07-04 nutartis civilinėje byloje).

Pernelyg aukšti arba specifiniai, neadekvatūs pirkimo pobūdžiui ar neproporcingi jo sąlygoms reikalavimai, kurie atima galimybę pirkimo procedūrose dalyvauti sutartį gebantiems įvykdyti kandidatams ar dalyviams, nepagrįstai riboja jų konkurenciją. Perkančiosios organizacijos nustatyti aukšti arba pernelyg specifiniai reikalavimai pateisinami tik tada, jeigu pateikiamas patikimas ir įtikinamas tokių reikalavimų nustatymo pagrindimas. Tai gali būti grindžiama ypatinga perkamo objekto svarba ar sutarties, kuria siekiama įsigyti šį objektą, specifine paskirtimi, arba tuo, kad aukštą ar labai tikslų reikalavimą pateisina viešojo intereso apsauga (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2011-12-14 nutartis civilinėje byloje).

Pažymėtina, kad konkurencijos užtikrinimo ir tiekėjų nediskriminavimo imperatyvas gali būti pažeistas tiek *expressis verbis* (tiesiogiai) įtvirtinant nepagrįstas, perteklines ar kitais būdais konkurenciją ribojančias sąlygas, tiek nustatant formaliai atitinkančius reikalavimus, kurių deriniu (sąlygų grupe) ar jų visuma viešojo pirkimo sąlygos pritaikomos vienam tiekėjui ar gamintojui (ar labai siauram jų ratui). Tokiu atveju, tiekėjams pateikus argumentus, kad jų teisės pažeidžia ne (arba ne tik) pavienės pirkimo sąlygos, bet jų derinys, teismas turi įvertinti, ar formaliai teisėtomis techninės specifikacijos sąlygomis nėra sukuriama netiesioginės (paslėptos) diskriminacijos situacija.

Nurodytos teismo pareigos nepašalina aplinkybės, kad pirkimo sąlygos suformuluotos nenurodant konkretaus modelio ar šaltinio, konkretaus proceso ar prekės ženklo, kad jos nėra griežtai apibrėžtos (vartojamos tokios sąvokos kaip „ne mažiau“, „ne daugiau“, „iki“ ir pan.), nes jos *per se* nereiškia tokių sąlygų teisėtumo. Būtina nustatyti, ar sąlygomis apibrėžtų minimalių (maksimalių) reikalavimų visuma nereiškia, kad juos atitinka tik vienas tiekėjas arba ribotas jų skaičius.

Aplinkybė, kad didesnioji dalis tiekėjų suprato pirkimo sąlygą kitaip nei mažuma, taip pat neleidžia besąlygiškai teigti, jog objektyviai visiems įprastinio rūpestingumo standartus atitinkantiems dalyviams ji buvo vienodai suprantama ir jų pritaikyta, o

perkančioji organizacija turėjo galimybę gauti ir įvertinti tarpusavyje palyginamus pasiūlymus (Lietuvos aukščiausiojo teismo 2015-(nutartis civilinėje byloje).

Atkreiptinas dėmesys į tai, kad teismų praktikoje yra pasisakyta dėl tokios netiesioginės diskriminacijos neteisėtumo; konstatuota, kad techninė specifikacija, kurios reikalavimai, nors vertinant atskirai yra teisėti, tačiau kurių visuma lemia, jog juos visus *in corpore* (visi drauge) atitiktų ir viešąjį pirkimą laimėtų konkretaus gamintojo prekės (kiti gamintojai privalėtų siūlyti aukštesnės klasės ir dėl to brangesnius automobilius), diskriminuoja tiekėjus ir neužtikrina laisvos bei sąžiningos konkurencijos (Lietuvos apeliacinio teismo 2015-07-03 sprendimas civilinėje byloje).

Lietuvos Aukščiausiojo Teismo byloje Nr. e3K-3-241-690/2017 buvo sprendžiamas klausimas dėl materialiosios teisės normų, reglamentuojančių reikalavimus aiškinimo bei taikymo. Nagrinėjamoje byloje ieškovė reišė reikalavimą pripažinti neteisėtomis ir panaikinti atsakovės paskelbto Konkurso 4 dalies sąlygas dviem pagrindais: pirma, kad 9 iš 22 techninių reikalavimų analizatoriams yra pritaikyti vienam konkrečiam analizatoriui; antra, kad dalis techninių reikalavimų analizatoriams yra nepagrįsti, pertekliniai ir riboja tiekėjų konkurenciją.

Pirkimas buvo paskelbtas dėl reagentų pirkimo pardavimo ir analizatoriaus nuomos ar panaudos Pirkimo techninėje specifikacijoje nenurodant konkretaus analizatoriaus modelio, tačiau surašant tokius reikalavimus analizatoriui, kurių visumą tenkinta tik vienintelis gamintojo analizatorius.

Nagrinėjamu atveju Perkančioji organizacija pasinaudojo ne akivaizdžiu metodu techninėje specifikacijoje nurodyti konkretų analizatoriaus pavadinimą, tačiau perkėlė į techninę specifikaciją šio analizatoriaus techninius parametrus, kurių visumos neatitinka nė vienas rinkoje esantis analizatorius. Tokiu būdu atsakovas iš Pirkimo eliminavo visus potencialius pirkėjus išskyrus vieną tiekėją. Savo ruožtu, aptariamoms nuostatom pažeidžia konkurenciją, kadangi riboja galimybę kitiems tiekėjams siūlyti analizatorius su kitokiais negu nurodytais parametrais, kai tuo tarpu aptariamais parametrais iš viso nėra aktualūs perkančiajai organizacijai.

Deja, bet perkančiajai organizacijai viešojo pirkimo dokumentuose draudžiama naudoti konkrečias technines specifikacijas, jei tai suteiktų galimybę pirkime dalyvauti tik konkrečiam tiekėjui ar keliems tiekėjams, ir apribojant kitų potencialių tiekėjų dalyvavimą (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2015-08-07 nutartis civilinėje byloje).

Pirma, tai sudaro sąlygas piktnaudžiauti iš anksto pasirenkant konkrečius tiekėjus ir sudarant pirkimo sąlygas tik jiems. Antra, sukuria terpę korupcijai, t. y. neteisėtų sąlygų sudarymui už neteisėtą atlygį, ir nebaudžiamumui, t. y. tokių sąlygų sudarymui esant

užtikrintam, kad teisės aiškinimo ir taikymo praktika gina tokias sąlygas. Trečia, sudaro sąlygas valstybei patirti didelės apimties nepagrįstas išlaidas, kai pačios valstybės biudžetas yra deficitinis.

Teisėjų kolegija aptariamoje byloje konstatavo, kad atsakovė neįrodė, jog reikalavimas dėl reagentų stabilumo yra teisėtas, nepagrįstai nevaržo galimų tiekėjų konkurencijos. Byloje nepateikta įrodymų, kad viešojo pirkimo tikslo – įsigyti tinkamos kokybės prekes racionaliai naudojant tam skirtas lėšas – negalima pasiekti proporcingesnėmis ir mažiau konkurenciją ribojančiomis priemonėmis. Atsižvelgdama į tai kolegija konstatavo, kad teismai nepagrįstai sprendė, jog Techninės specifikacijos 4 priedo 15 punkto reikalavimas yra teisėtas. Pripažintina, kad jis dirbtinai (neproporcingai) riboja konkurenciją (VPI 32 straipsnio 2 dalis), taigi yra neteisėtas ir dėl to naikintinas. Tokios išvados nepaneigia argumentai, kad aptariamą Konkurso sąlygą atitinka keletas ūkio subjektų. Jau buvo aptarta aplinkybė, kad konkurenciją gali riboti ne tik atskiros pirkimo sąlygos, bet ir kelios kumuliatyviai taikomos sąlygos ar visos sąlygos *in corpore*. Nagrinėjamu atveju nebuvo įrodyta, kad atsakovės minimų ūkio subjektų siūlomi (turimi) reagentai atitinka visas Konkurso sąlygas. Be to, vienintelė aplinkybė, kad atitinkamas viešojo pirkimo sąlygas gali atitikti daugiau nei vienas tiekėjas, savaime nepagrindžia jų teisėtumo, jei įrodoma, kad jos nepagrįstai suvaržo konkurenciją, yra neproporcingos pirkimo objektui (viešojo pirkimo sutarčiai), perteklinės.

Apibendrinant galima teigti, kad viešųjų pirkimų tikslo pasiekimas galimas tik tuomet, kai pirkimo tikslas ir keliami reikalavimai tiek pačiam objektui, tiek ir pirkime dalyvaujantiems tiekėjams, aiškiai ir tiksliai apibrėžti pirkimo sąlygose. Deja, bet perkančiosios organizacijos vis dar neskiria pakankamo dėmesio pirkimo dokumentų tinkamam parengimui, kas lemia, jog nėra įsigyjamos prekės, paslaugos ar darbai. Be to, tiekėjų interesus dalyvauti viešųjų pirkimų konkurse dažniausiai ignoruojamas ar pažeidžiamas, pavyzdžiui, dėl per griežtų sąlygų, per daug aukštų reikalavimų nustatymo. Kaip matyti, perkančiosios organizacijos gali rasti būdų kaip riboti tiekėjų konkurenciją sukuriant perteklines, neproporcingas ar neaiškias pirkimo sąlygas, kurios užslėptos pirkimo sąlygų reikalavimuose. Perkančiosios organizacijos nevaržoma laisvė turi būti ribojama aiškių bei proporcingų sąlygų sudarymu tiekėjams konkuruoti.

2.1.2. Pirkimo sąlygos pripažinimas neteisėta ir teismo pareiga *ex officio* pirkimą nutraukti

Pagrindinis klausimas šioje dalyje yra ar iš tiesų visais atvejais pirkimo sąlygų formalūs trūkumai lemia pirkimo sąlygų neteisėtumą ir teismo pareigą tokį viešąjį pirkimą nutraukti.

Kasacinio teismo atskirai pasisakyta, kad kai teismas dėl pareikšto reikalavimo ar savo iniciatyva atitinkamą pirkimo sąlygą bet koku VPI normų ar kitų teisės aktų nuostatų pažeidimo pagrindu pripažįsta neteisėta, jis privalo tokį pirkimą nutraukti nepriklausomai nuo pareikšto reikalavimo, nes pirkimo procedūros negali būti toliau vykdomos pagal neteisėtomis pripažintas pirkimo sąlygas. Tolesnio procedūrų vykdymo nepateisina aplinkybė, kad perkančioji organizacija neteisėtomis sąlygomis nebesirems, nes, pirma, tai faktiškai suponuotų sumažėjusią pirkimo sąlygų apimtį, taigi ir lemtų draudžiamą pirkimo sąlygų keitimą, antra, negalima atmesti galimybės, kad dėl neteisėta pripažintos pirkimo sąlygos ar jos dalies pirkime nedalyvavo kiti potencialūs tiekėjai (Viešųjų pirkimų įstatymo komentaras iš Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2011-05-24 nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-249/2011).

Pirkimo sąlygų teisėtumą teismas gali vertinti tiek esant tokiam reikalavimui teisme, tiek *ex officio* – tokia jo teisė įtvirtinta nuosekliai formuojamoje kasacinio teismo praktikoje. Draudimas diskriminuoti tiekėjus – pamatinė viešųjų pirkimų teisės nuostata, todėl jos vertinimas neturi išimtinai priklausyti nuo šalių, nes tokio pobūdžio ginčai išeina už privačių santykių ribų (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2011-05-09 nutartis civilinėje byloje). Atkreiptinas dėmesys, kad teismas turi vertinti Konkurso sąlygų visumą ir iš jos spręsti, ar nebuvo konkurencijos ribojimo, todėl byloje nebūtina įrodyti, jog visi Techninės specifikacijos reikalavimai riboja tiekėjų konkurenciją.

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas 2015-02-06 nutartimi civilinėje byloje Nr. e3K-3-39-690/2015 išaiškino, jog pirkimo sąlygos gali būti pripažįstamos neteisėtomis tuomet, kai pirkimo sąlygų neaiškumas užkerta kelią tiekėjui pateikti pasiūlymą, ar pernelyg jį suvaržo. Lietuvos Aukščiausiasis Teismas nurodytoje byloje suformulavo kriterijus, kuriuos teismai turėtų taikyti *ex officio* priimdami sprendimus dėl pirkimo sąlygų neteisėtumo, tačiau teismams jie nėra pakankamai aiškūs ir traktuojami skirtingai, ir net toje pačioje byloje skirtingos instancijos teismai juos aiškina ir taiko nevienodai.

Manytina, kad būtina vadovautis aukščiau nurodytu precedentu ir atriboti pirkimo sąlygų aiškinimo ir pirkimo sąlygų pripažinimo neteisėtomis institutus. Teismas nėra suvienodinęs teismų praktikos ir suformavęs precedento, išaiškinant, kokiais atvejais ir kokiais kriterijais remiantis galima pirkimo sąlygų trūkumus, neaiškumus ir spragas

pašalinti remiantis sisteminiu aiškinimu, o kokiais atvejais ir kokiais kriterijais remiantis pirkimo sąlygos dėl neaiškumo turėtų būti pripažintos neteisėtomis, t. y. ar vis dar taikomi Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2015-02-06 nutartyje civilinėje byloje Nr. e3K-3-39-690/2015 nurodyti kriterijai, ar jų vertinti teismams nėra būtina.

Lietuvos apeliacinis teismas 2021-10-14 nutartyje civilinėje byloje Nr. e2A-1095-553/2021 sprendė klausimą dėl pirkimo sąlygų neteisėtumo neaiškiai nustatant reikalavimus, kai pirkime dalyvauja Tiekėjų grupė, t. y. kokius reikalavimus tiekėjų grupė turi atitikti bendrai bei kokius reikalavimus turi atitikti kiekvienas partneris atskirai. Nagrinėjamu atveju Pirkimo sąlygų 3.14.1 p. nustatyta, kad Teikėjas turi įrodyti, kad taikys aplinkos apsaugos vadybos priemonės ir jų laikysis. 3.14.2. Teikėjas turi įrodyti, kad laikysis kokybės vadybos sistemos standartų. Pagal Pirkimo sąlygų 3.14.1 p. tiekėjas turi pateikti akredituotą ISO 14001 sertifikatą, o pagal Pirkimo sąlygų 3.14.2 p. tiekėjas turi pateikti akredituotą ISO 9001 sertifikatą. Pagrindinis tiekėjas dalyvavo viešajame pirkime pagal sudarytą Jungtinės veiklos sutartį su partnere. Pagrindinis tiekėjas atitiko kvalifikacinius reikalavimus ir turėjo ISO 9001 ir ISO 14001 standartus, tačiau partnerė šių kvalifikacinių reikalavimų atitinkančių sertifikatų neturėjo.

Nepaisant to, kad tiek pirmosios instancijos teismas, tiek apeliacinės instancijos teismas Pirkimo sąlygų 3.14.1 p. Ir 3.14.2 p. reikalavimus išaiškino vienodai, tačiau sprendimus dėl tokių sąlygų priėmė visiškai skirtingus, t. y.:

- 1) Pirmos instancijos teismas sprendė, jog neaiškumai pirkimo sąlygose nesudaro pagrindo *ex officio* pirkimo sąlygas pripažinti neteisėtomis, pripažino, kad „tiekėjų grupė turėjo žinoti, kad kiekvienas grupės narys privalo įrodyti savo kvalifikaciją, kai tam tikrų darbų atlikimas yra paskirstytas tarp grupės narių, kai darbus vykdyt visi partneriai. Priešingu atveju kvalifikacijos reikalavimų nustatymas prarastų savo prasmę, būtų formalus“;
- 2) Apeliacinės instancijos teismas su tokiu aiškinimu sutiko, nurodė, kad negalima teigti, jog pakanka tik vieno ūkio subjektų grupės partnerio pateiktų sertifikatų kvalifikacijai įrodyti, tačiau vis vien, konstatavo, jog pirkimo sąlygos yra neteisėtos.

Lietuvos Apeliacinis teismas nutartyje konstatavo, kad pirkimo sąlygos neaiškios, nes perkančioji organizacija pirkimo dokumentuose nenustatė ir nepaaiškino sąlygų, kaip tiekėjų grupės turi atitikti kokybės vadybos sistemos ir aplinkos apsaugos vadybos sistemos standartus, todėl pirkimo sąlygų IV skyriaus „Tiekėjų grupės dalyvavimas pirkimo procedūrose“ bei pirkimo sąlygų 3.14.1 – 3.14.2 punktų reikalavimus pripažino neteisėtais ir viešąjį pirkimą nutraukė. Teismas nurodė šiuos motyvus:

- 1) „perkančioji organizacija sukūrė ydingą situaciją, Pirkimo dokumentuose nenustačiusi, kokius reikalavimus turi atitikti tiekėjų grupė bendrai, bei kokius reikalavimus turi atitikti kiekvienas partneris atskirai“ (Nutarties 43 p.).
- 2) „Teisėjų kolegijos vertinimu, nutarties 42 – 43 punktuose nustatytos aplinkybės dėl Pirkimo sąlygų neaiškumo, perkančiajai organizacijai pirkimo dokumentuose nenustačius ir nepaaiškinus sąlygų, kaip tiekėjų grupės turi atitikti kokybės vadybos sistemos ir aplinkos apsaugos vadybos sistemos standartus, patvirtina šių pirkimo sąlygų IV skyriaus „Tiekėjų grupės dalyvavimas pirkimo procedūrose“ bei pirkimo sąlygų 3.14.1 – 3.14.2 punktų reikalavimų neteisėtumą“ (Nutarties 48 p.).
- 3) „kai teismas dėl pareikšto reikalavimo ar savo iniciatyva atitinkamą pirkimo sąlygą bet kokių viešųjų pirkimų įstatymuose nustatytų normų ar kitų teisės nuostatų pagrindu pripažįsta neteisėta, jis privalo tokį pirkimą nutraukti nepriklausomai nuo pareikšto reikalavimo, nes pirkimo procedūros negali būti toliau vykdomos pagal neteisėtomis pripažintas pirkimo sąlygas“ (Nutarties 50 p.).

Iš apeliacinės instancijos teismo nutarties galima daryti išvadą, jog bet kokie pirkimo sąlygų trūkumai ir neaiškumai savaime nulemia pirkimo sąlygų neteisėtumą. Tačiau su tuo nėra visiškai sutiktina, kadangi pirkimo sąlygų neaiškumai remiantis Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2015-02-06 nutartimi civilinėje byloje Nr. e3K-3-39-690/2015 suformuota praktika, gali ir turi būti pašalinami atskleidžiant viešojo pirkimo sąlygų turinį, t. y. aiškinant viešojo pirkimo sąlygas pagal jų paskirtį, tikslą ir viešojo pirkimo principus sistemiskai. Tik tokiu atveju, kai neaiškumai yra esminiai, t. y. užkerta kelią tiekėjui pateikti pasiūlymą, ar neproporcingai tokią galimybę apriboja, pirkimo sąlygos gali būti pripažintos neteisėtomis.

Nurodytoje 2015-02-06 nutartyje Lietuvos Aukščiausiasis Teismas nagrinėjo ginčą pagal tiekėjo ieškinį, kuris susipažinęs su pirkimo sąlygomis, dėl jose esančio neaiškumo/prieštaravimų, kreipėsi su pretenzija į perkančiąją organizaciją, prašydamas pripažinti viešojo pirkimo sąlygas neteisėtomis. Teismas, tenkindamas ieškinį, tuo pačiu išaiškino kriterijus, kuriais remiantis pirkimo sąlygos gali būti pripažįstamos neteisėtomis:

- 1) „Tiek teismai, sprendžiantys tiekėjų ir perkančiųjų organizacijų ginčus, tiek šių santykių dalyviai pirkimo procedūrų metu turėtų pirkimo sąlygas aiškinti ir taikyti sistemiskai, nesuabsoliutinti lingvistinio aiškinimo metodo, atsižvelgti į tikrąją perkančiosios organizacijos valią bei į kituose teisės aktuose įtvirtintas normas, taip pat į kitas nuostatas (pvz., Viešųjų pirkimų tarnybos teisės aktus). Tai ypač aktualu, kai pirkimo sąlygų turinys nėra pakankamai aiškus, taip pat kai viešųjų pirkimų

reguliavime nepateikta aiškių procedūrų dėl tam tikrų reikalavimų nustatymo ir atitikties jiems vertinimo“;

- 2) „Sisteminis pirkimo sąlygų aiškinimas turi ribas, juo negali būti pateisintas konkurso nuostatų neaiškumas ir vidinis prieštaravimas, jei vidutinis atitinkamos srities tiekėjas objektyviai negali perkančiajai organizacijai pateikti pasiūlymo ar yra pernelyg suvaržytas tai padaryti“.

Remiantis šia Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2015-02-06 nutartimi civilinėje byloje Nr. e3K-3-39-690/2015 suformuota taisykle, sisteminis aiškinimas yra galimas ir taikytinas būdas pašalinti Pirkimo sąlygų neaiškumus ar prieštaravimus. Sisteminis aiškinimas negalimas tik tokiu atveju, kai vidutinis atitinkamos srities tiekėjas objektyviai negali perkančiajai organizacijai pateikti pasiūlymo ar yra pernelyg suvaržytas tai padaryti. Todėl manytina, kad būtent šios aplinkybės turi būti tiriamos ir vertinamos bylose dėl sąlygų neaiškumo, dėl parengtų pirkimo sąlygų trūkumų. Kasacinio teismo praktikoje nurodyta, kad viešojo pirkimo teisinių santykių formalizavimas svarbus tiek, kiek tai padeda siekti viešųjų pirkimų tikslų ir nepažeidžia viešųjų pirkimų principų. Formalūs netikslumai gali sutrukdyti siekti viešųjų pirkimų tikslų, todėl tiekėjų veiksmų ir perkančiosios organizacijos sprendimų turiningasis vertinimas, atsižvelgiant į viešųjų pirkimų principus ir tikslus, turi viršenybę prieš formalumus (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2011-06-27 nutartis civilinėje byloje). Kasacinio teismo ne kartą pabrėžto turinio viršenybės prieš formą principo viešuosiuose pirkimuose vertinant tiek tiekėjų, tiek perkančiosios organizacijos veiksmus, esmė – formalizuotas viešųjų pirkimų procedūrų reguliavimas neturi viršenybės prieš perkančiosios organizacijos ir tiekėjų veiksmus, jei šie atitinka teisės normų ir pirkimo sąlygų esmę ir jomis siekiamus tikslus (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2018-10-19 nutartis civilinėje byloje).

Darytina išvada, kad pirkimo sąlygoms keliamo aiškumo reikalavimo stoka nebūtinai siejama su jų neteisėtumu. Net ir nustačius, jog pirkimo sąlygos nėra visiškai tikslios ir aiškios, turi būti įvertinta, ar tiekėjas negalėjo suprasti, kaip atitinkamas reikalavimas bus taikomas ir aiškinamas, o tą reikėtų vertinti tiek pagal ginčo reikalavimų turinį, tiek pagal tiekėjo elgesį, ar jis tikrai negalėjo suprasti, kaip tiekėjų grupė turi įvykdyti pirkimo reikalavimus bei ar ėmėsi veiksmų, kurių turėtų imtis vidutinis atitinkamos srities tiekėjas, kad pirkimo sąlygų neaiškumai būtų pašalinti. Taigi, ydingą praktika, jog neaiškumai pirkimo sąlygose *per se* lemia tokių sąlygų neteisėtumą, neatsižvelgiant į sisteminį pirkimo sąlygų aiškinimą. Toks aiškinimas neatitinka kriterijaus, kad neaiškios pirkimo sąlygos gali būti pripažintos neteisėtomis tik tada, kai neaiškumai ir prieštaravimai negali būti pašalinami, ir tai užkirto kelią tiekėjui pateikti pasiūlymą ar jį neproporcingai apribojo.

2.2. Konkurencijos užtikrinimas nustatant pirkimo sąlygų techninės specifikacijos reikalavimus

Perkamų prekių, paslaugų ar darbų savybės apibūdinamos pirkimo dokumentuose pateikiamoje techninėje specifikacijoje. Techninė specifikacija visais atvejais turi užtikrinti konkurenciją ir nediskriminuoti tiekėjų.

Techninių specifikacijų apibrėžimas – sritis, kurioje daroma daug klaidų, dažnai dėl to, kad nepakanka tokių dokumentų rengimo įgūdžių ar patirties. Specifikacijos yra pagrindinis viešojo pirkimo dokumentas, kuriame nurodyta, kokie perkančiosios organizacijos poreikiai turėtų būti patenkinti. Remiantis galutine techninės specifikacijos versija viešojo pirkimo procese bus priimtas sprendimas dėl pirkimo laimėtojo, todėl svarbu, kad perkančiosios organizacijos, kurios atsakingos už techninės specifikacijos parengimą turėtų būtinų žinių, kompetencijos ir patirties. Techninės specifikacijos paskirtis – galimiems tiekėjams aiškiai, tiksliai ir išsamiai apibūdinti perkančiosios organizacijos poreikius, kad tiekėjai galėtų pasiūlyti tuos poreikius atitinkantį sprendimą.

Viešųjų pirkimų tarnyba visuomet akcentuoja, jog techninėje specifikacijoje nustatomi reikalavimai pirkimo objektui turi būti pagrįsti ir užtikrinantys realią gamintojų ir tiekėjų konkurenciją. Jei techninė specifikacija rengiama nepasitikrinant rinkos galimybių, ar nustatant konkrečiam gaminiui, paslaugai ar darbui pritaikytus reikalavimus, neigiamai paveikiama konkurencinė aplinka ir nesudaromos prielaidos racionaliam perkančiosios organizacijos lėšų naudojimui (Viešųjų pirkimų tarnyba, 2020).

Pagal VPĮ 35 straipsnio 3 dalį techninė specifikacija turi užtikrinti konkurenciją ir nediskriminuoti tiekėjų. Perkančiosioms organizacijoms suteikiama diskrecija nuspręsti, ką konkrečiai joms reikia išigyti, kokias savybes turi atitikti pirkimo objektas (prekės, paslaugos arba darbai) ir kokios savybės yra geriausios ne apskritai, o būtent konkretų pirkimą organizuojančiai perkančiajai organizacijai. Perkančiosioms organizacijoms suteikiama nemažai laisvės parengti pirkimams būtinas technines specifikacijas. Todėl turėdamos tokią teisę ir ją įgyvendindamos perkančiosios organizacijos privalo laikytis viešųjų pirkimų principų ir neturi teisės rengti neproporcingų, tiekėjus diskriminuojančių ar konkurenciją ribojančių, pernelyg detalių techninių specifikacijų.

Perkančiosios organizacijos piktnaudžiauja joms suteikta diskrecijos teise ir techninėje specifikacijoje nurodo įrangą, kuri specifikuota pagal konkretaus gamintojo įrangą, o pasiūlyti lygiavertės neįmanoma arba lygiaverčiai sprendimai tinkamai neužtikrinami. Tokios situacijos iškreipia konkurenciją ir dėl to jos toliau bus plačiau išanalizuojamos su praktiniais pavyzdžiais.

2.2.1. Draudimas nustatyti konkretų perkamo objekto modelį ar savybes

Konkurencijos užtikrinimas prasideda nuo sudarytų sąlygų tiekėjams konkuruoti, o už tokių sąlygų sudarymą pirmiausia atsakinga perkančioji organizacija. Tačiau šią atsakomybę perkančiosios organizacijos neretai pamiršta, ypatingai tuomet, kai nejučia užsigeidžiama įsigyti prekių dėl jų geriau žinomo prekės ženklo, modernumo, o ne dėl funkcionalumo. Perkančiosios organizacijos negali proteguoti nei pačio tiekėjo nei tiekėjo prekės, paslaugų ar pan., kadangi tai apriboja konkurenciją, pirkimas tampa deklaratyvus, o faktiniai laimėtojai yra aiškūs be konkurencinių varžybų.

Perkančioji organizacija techninėje specifikacijoje negali nurodyti konkretaus perkamos įrangos modelio, gamintojo ar pan. arba aprašyti būtent norimos įsigyti įrangos savybių, techninių parametrų, kurių neturi kitų tiekėjų prekės, tokia situacija galima tik išimtiniais atvejais.

VPĮ 17 straipsnio 3 dalyje įtvirtinta bendroji konkurencijos užtikrinimo pareiga (bendrasis principas) yra tiesiogiai įgyvendintas ir atskirose konkrečiose VPĮ normose. Pavyzdžiui, VPĮ 37 straipsnio 3 dalyje yra nurodyta, kad techninė specifikacija turi užtikrinti konkurenciją ir nediskriminuoti tiekėjų. VPĮ 37 straipsnio 5 dalyje nurodyta, kad „Apibūdinant pirkimo objektą, techninėje specifikacijoje negali būti nurodytas konkretus modelis ar tiekimo šaltinis, konkretus procesas, būdingas konkrečiam tiekėjo tiekiamoms prekėms ar teikiamoms paslaugoms, ar prekių ženklas, patentas, tipai, konkreti kilmė ar gamyba, dėl kurių tam tikriems subjektams ar tam tikriems produktams būtų sudarytos palankesnės sąlygos arba jie būtų atmesti<...>“.

Konkurencijos užtikrinimo ir tiekėjų nediskriminavimo imperatyvas gali būti pažeistas tiek techninėje specifikacijoje tiesiogiai įtvirtinant nepagrįstas, perteklines ar kitais būdais konkurenciją ribojančias sąlygas, tiek nustatant VPĮ 37 straipsnio nuostatas formaliai atitinkančius reikalavimus, kurių deriniu (sąlygų grupe) ar jų visuma viešojo pirkimo sąlygos pritaikomos vienam tiekėjui ar gamintojui (ar labai siauram jų ratui). Visais atvejais perkančioji organizacija pirkimo objektą turi apibūdinti taip, kad būtų išvengta tiesioginės nuorodos į konkretų modelį, prekės ženklą, patentą, kilmę ir t.t. (Byla Nr. C-359/93, Komisija v. Nyderlandus).

Perkančioji organizacija turi teisę pasirinkti perkamų prekių ar teikiamų paslaugų savybes, tačiau, nustatydamas perkamas prekes ar teikiamas paslaugas apibūdinančius kriterijus, perkančioji organizacija turi užtikrinti konkurenciją ir nediskriminuoti tiekėjų,

nepažeisti VPI 17 straipsnio 1 dalyje nustatytų lygiateisiškumo, nediskriminavimo, abipusio pripažinimo, proporcingumo ir skaidrumo principų.

Problema atsiranda tuomet, kai perkančioji organizacija pirkimo sąlygose nustato perteklinius arba neproporcingus reikalavimus ir taip privilegijuoja vienintelio gamintojo prekę su tikslu ją įsigyti. Tokiam tikslui pasiekti dažniausiai perkančiosios organizacijos parengia tokius techninės specifikacijos reikalavimus, kurie yra per daug išsamūs ir neatitinkantys proporcingumo principo, kadangi kuo išsamesnės techninės specifikacijos nustatomos, tuo didesnė rizika, kad konkretaus gamintojo prekės bus privilegijuojamos.

Atkreiptinas dėmesys, kad techninėje specifikacijoje gali būti pateikiamos perkamų prekių, paslaugų ar darbų ypatybės, susijusios ir su konkretaus prekių gamybos, paslaugų teikimo ar darbų atlikimo procesu ar metodu arba konkretaus kito gyvavimo ciklo etapo procesu, net jeigu šie veiksniai nėra susiję su fizinėmis perkamų prekių, paslaugų ar darbų ypatybėmis. Šios ypatybės turi būti susijusios su pirkimo objektu ir proporcingos perkamų prekių, paslaugų ar darbų vertei ir tikslams (Lietuvos apeliacinio teismo 2021-03-04 nutartis civilinėje byloje). Todėl galimybė nustatyti tam tikrus (specifinius) ar itin detalius reikalavimus viešojo pirkimo objektui, kaip išimtis iš bendrosios taisyklės, turi būti aiškinama ir taikoma siaurai, suteikiama išimtiniais atvejais bei tinkamai ją pagrindus. Todėl kiekvienu atveju reikia vertinti ar nustatytas reikalavimas pirkimo objektui nėra per aukštas, neproporcingas, dėl kurio apribojama galimybę konkuruoti didesniam potencialių tiekėjų ratui.

Perkančiosioms organizacijoms praktikoje dažnai tenka pirkti prekes ar paslaugas iš vieno konkretaus ūkio subjekto, nes ta įmonė turi išimtines teises gaminti tam tikras prekes arba teikti tam tikras paslaugas. Tokiais atvejais įprastos konkurencijos dėl konkrečių sutarčių nėra.

Vienoje administracinėje byloje teismas pažymėjo, kad perkančioji organizacija elgėsi neteisėtai, konkurso techninėje specifikacijoje netiesiogiai nurodydama, kad pirks Intel procesorių gamintojo produkciją, o nustatydama svorio reikalavimus išskyrė vienintelį kompiuterinės įrangos gamintoją Hewlet – Packard. Taigi, byloje buvo proteguojama Intel ir Hewlet – Packard produkcija, todėl tokie perkančiosios organizacijos veiksmai dėl įrangos protegavimo ir išskirtinių sąlygų sudarymo pažeidė kitų gamintojų ir juos atstovaujančių tiekėjų teises ir teisėtus interesus (Lietuvos vyriausiasis administracinis teismas administracinėje byloje Nr. A556 – 2011/2008).

Taigi, perkančiajai organizacijai suteikiama diskrecija nustatyti ir apibrėžti pirkimo objektą apibūdinančius reikalavimus, kurie, jos nuomone, yra būtini siekiant užtikrinti sėkmingą pirkimo sutarties vykdymą. Tačiau tokie reikalavimai pavyzdžiui prekėms

nustatomi nurodant pageidaujamas jų savybes, funkcinis reikalavimus, o ne nurodant išsirinktą gamintoją ar modelį, tam kad būtų užkirstas kelias išimtinio tiekėjo protegavimui.

2.2.2. Tiekėjų teisė siūlyti lygiaverčius sprendimus

Perkančioji organizacija negali atsisakyti priimti tiekėjo pagrįstų lygiaverčių sprendimų. VPI 37 straipsnio 6 dalyje įtvirtinta pasiūlymų lygiavertiškumo doktrina, kuri perkančiajai organizacijai nustato pareigą kaip tinkamai priimti ir vertinti pasiūlymus, kuriuose yra siūlomi iš esmės lygiaverčiai sprendimai tiems, kuriuos siekia įsigyti perkančioji organizacija.

Pasiūlymų lygiavertiškumo doktrina yra įtvirtinta ir nuoseklioje kasacinio teismo praktikoje, kurioje teigiama, kad perkančiosios organizacijos negali atmesti tiekėjo pasiūlymo tik tuo pagrindu, kad siūlomi pirkimo objekto savybės, parametrai ar sprendimai nėra identiški nurodytoms pirkimo sąlygose (techninei specifikacijai), jeigu dalyvis savo pasiūlyme bet kokiomis perkančiajai organizacijai tinkamomis priemonėmis įrodo, jog jo pasiūlyti sprendimai yra lygiaverčiai perkančiosios organizacijos siekiamam rezultatui ir atitinka techninėje specifikacijoje keliamus reikalavimus; jei tiekėjo siūlomas pirkimo objektas iš tiesų lygiavertis perkančiosios organizacijos siekiamiems tikslams ir funkciniais reikalavimams, tokiu jis ir turi būti pripažįstamas, nepriklausomai nuo prekių, paslaugų ar darbų svarbos; neidentiškais parametrais apibūdinto pasiūlymo pateikimas VPI 25 straipsnio prasme savaime nereiškia kitų tiekėjų teisių pažeidimo, priešingai – atspindi jų konkurenciją; lygiateisiškumo principas viešųjų pirkimų srityje reiškia reikalavimą vienodai vertinti tiekėjų pasiūlymus, kurie yra lygiaverčiai ar iš esmės vienodai konkurencingi, nebent skirtingą jų vertinimą būtų galima pateisinti (Šiaulių apygardos teismo 2021-01-27 sprendimas civilinėje byloje Nr. e2-265-569/2021).

Problema kyla tuomet, kai dėl tam tikrų išimčių leidžiama perkančiosioms organizacijoms nurodyti tikslus pirkimo objektą apibūdinančius techninius reikalavimus, jeigu perkančioji organizacija taip pat nurodo, kad yra pripažįstami lygiaverčiai sprendimai. Problema tame, kad perkančiosios organizacijos ne visuomet tinkamai lygiavertiškumo doktriną aiškina ir ją taiko.

VPI įpareigoja, vykdant viešąjį pirkimą, pirkimo sąlygose nustatyti, kad perkančiajai organizacijai bus priimtini ir lygiaverčiai pirkimo objektai. Tuo tarpu tiekėjas, siūlantis lygiavertį pirkimo objektą, turi pateikti perkančiajai organizacijai priimtinius tai patvirtinančius įrodymus apie lygiavertiškumą. Lietuvos Aukščiausiasis Teismas nurodė,

kad tokios priemonės galėtų būti įvairūs kokybę liudijantys dokumentai, mokslinės išvados ir pan. (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Senato apžvalga Nr. 31).

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas yra pažymėjęs, kad kai perkančioji organizacija techninėje specifikacijoje neįtvirtina nuorodos „arba lygiavertis“, ji eliminuoja galimybę nagrinėti prekių lygiavertiškumą, nes iš anksto preziumuoja ir pirkimo dokumentuose tai įtvirtina, kad joks prekių lygiavertiškumas negalimas; kita vertus, tokiu atveju, net jei perkančioji organizacija ir laikytų, kad tiekėjo pasiūlytos prekės lygiavertės, ji negalėtų jų vertinti kaip tinkamų, nes tokios galimybės pirkimo sąlygoje nenustatyta, o priešingi veiksmai lemtų jos pakeitimą de facto ir tiekėjų lygiateisiškumo bei skaidrumo principų pažeidimą (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2015-03-04 nutartis civilinėje byloje).

Be to, tiekėjas gali siūlyti atitinkamus lygiaverčius produktus ar procesus, nepriklausomai nuo to, ar šalia yra priedas „arba lygiavertis“, kadangi lygiavertiškumo įrodymas yra tiekėjo pareiga. Vadinasi, tiekėjai bet kokiame atveju turi teisę siūlyti Techninę specifikaciją atitinkančius lygiaverčius sprendimus.

Toks pasiūlymų vertinimas teismų praktikoje nepripažįstamas kitų tiekėjų teisių pažeidimo, priešingai – atspindi jų konkurenciją; lygiateisiškumo principas viešųjų pirkimų srityje reiškia reikalavimą vienodai vertinti tiekėjų pasiūlymus, kurie yra lygiaverčiai ar iš esmės vienodai konkurencingi, nebent skirtingą jų vertinimą būtų galima pateisinti (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2015-03-04 nutartis civilinėje byloje). Taip pat teismų praktikoje pasisakoma dėl būtinybės užtikrinti galimybę tiekėjams pasiūlyti lygiaverčius sprendinius.

Vilniaus apygardos teismo byloje Nr. e2-1024-340/2022 buvo nagrinėjamas ginčas susijęs su lygiaverčiais sprendimais. Ginčas kilo dėl to, jog perkančioji organizacija atmetė tiekėjo pasiūlymą, nes nei vienas iš pridėtų specialisto sertifikatų neatitiko pirkimo sąlygų 7.1.6.9 p. programuotojo pozicijai prašomų sertifikatų.

Pirkimo sąlygų 7.1.6.9 punkte buvo numatytas reikalavimas turėti specialistą Nr. 9 - programuotoją. Jo kvalifikacija ir kompetencija: 1) ne trumpesne nei 3(trejų) metų programuotoj darbo patirtį, kuriant bei diegiant informacinės sistemas, kurių metu kūrė integracines sąsajas; 2) įgijęs tarptautiniu mastu pripažįstamą programuotojo kvalifikaciją, ją patvirtinant Oracle Certified Expert EE6 sertifikatu arba lygiaverčiu sertifikatu/dokumentu. Kvalifikaciją liudijantys dokumentai: Oracle Certified Expert EE6 arba Web Services Developer sertifikatas arba lygiavertis dokumentas. Mokymų pažymėjimai nevertinami Pateikiamo „lygiaverčio“ dokumento lygiavertiškumą įrodyti turi tiekėjas; 3) gyvenimo aprašymas.

Ieškovė jog siekdama pagrįsti atitiktą Pirkimo sąlygų reikalavimui pateikė specialisto sertifikatus, kurie yra lygiaverčiai Pirkimo sąlygose nurodytiems Oracle Certified Expert EE 6, Web Services Developer sertifikatams, kaip kad reikalavo perkančioji organizacija. Ieškovės nurodė, kad pateikti specialisto turimi sertifikatai apima daug platesnės srities kompetenciją nei buvo pageidaujama.

Bylos nagrinėjimo metu vertinant ieškovės specialisto L. K. turimo sertifikato Microsoft Certified Solution Developer (MCSD) app Builder lygiavertiškumą ieškovė pateikė specialisto T. V. pažymą apie nurodyto sertifikato ir sertifikato Oracle Certified Expert EE6 lygiavertiškumą. Specialistais nurodė, kad Oracle sertifikacijos yra paremtos didžiąja dalimi tik JAVA kalbos panaudojimu, todėl jų kompetencijų ribos yra orientuotos labiausia į JAV kalbos kompetencijas, tuo tarpu pagal Microsoft sertifikacinę schemą Microsoft Certified Solution Developer (MCSD) app Builder lygio sertifikacija yra priskiriama aukščiausio lygio sertifikacijų grupei, todėl be kitų kompetencijų yra privaloma ir JAVA kalbos aukščiausio lygio kompetencija. Specialistas padarė išvadą, kad Microsoft sertifikacijos ne tik gali būti analogiškos Oracle sertifikacijoms, bet net žemesnio lygio, sertifikacijos apima daug daugiau kompetencijų, tame tarpe ir JAVA kalbos.

Apklaustas liudytoju teismo posėdžio metu specialistas T. V. palaikė savo išvadas, paaiškino, kad atsižvelgiant į viešojo pirkimo tikslą, Microsoft specialisto kompetenciją yra lygiavertė: Microsoft sertifikatą turintis specialistas pakankamai kvalifikuotas ir kompetentingas tam, kad teikti atsakovės informacinių sistemų vystymo bei priežiūros paslaugas (Vilniaus apygardos teismo 2022-02-17 sprendimas civilinėje byloje).

Kasacinio teismo praktikoje taip pat buvo analizuojamas klausimas dėl pirkimo sąlygos, kuri pažeidžia VPI 17 straipsnyje įtvirtintą skaidrumo principą ir yra neteisėta, nes nuostata apie lygiavertės tiekėjų patirties priėmimą buvo tik deklaratyvi ir kvalifikacijos lygiavertiškumas buvo neįmanomas.

Perkančioji organizacija Pirkimo sąlygose nustatė tokius tiekėjo kvalifikacijos reikalavimus: 1) tiekėjas turi būti įgaliotas „Siveillance ELS Web“ arba lygiavertės programinės įrangos gamintojo atstovas (jei atstovas nėra gamintojas), įgaliotas aptarnauti ir prižiūrėti siūlomą programinę įrangą (Pirkimo sąlygų 14.1 punktas); 2) tiekėjas privalo užtikrinti specialistų skyrimą, kurių kvalifikacija patvirtinta profesine patirtimi bei galiojančiu „Siveillance ELS Web“ programinės įrangos specialisto sertifikatu arba lygiaverčiu dokumentu ir kurie turėtų teisę prižiūrėti ir aptarnauti „Siveillance ELS Web“ arba lygiavertę programinę įrangą (Pirkimo sąlygų 14.2 punktas) (Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2021-06-30 nutartis civilinėje byloje).

Teismas byloje konstatavo, jog pirkimo sąlygose nustatyti tiekėjų kvalifikacijos reikalavimai yra dviprasmiški ir klaidinantys tiekėjus. Perkančioji organizacija dirbtinai sukūrė išpūdį, jog skatina konkurenciją, įtvirtindama realiai nepritaikomas pirkimo sąlygas, ir tokiu būdu klaidino prieigos prie programinės įrangos „Siveillance ELS Web v4.15“ kodo neturinčius tiekėjus sukeldama jiems nepagrįstus lūkesčius varžytis pirkime.

Juolab, perkančiosios organizacijos kartais pačios susimaišo, kada ir kokie dokumentai reikalingi pasiūlymų vertinimo metu, o kada sutarties vykdymo metu. Naujai susiformavusioje Lietuvos Aukščiausiojo Teismo praktikoje, civilinėje byloje Nr. e3K-3-405-469/2021, nurodyta: „Konstatavus, kad kompetentingų institucijų leidimo pagal Reglamentą Nr. 1013/2006 gavimas yra susijęs su sutarties vykdymu, spręstina dėl perkančiosios organizacijos veiksmų teisėtumo, t. y. ar ji galėjo atmesti Konkurso dalyvio pasiūlymą vien dėl to, jog jį pateikdamas Konkurso dalyvis neįrodė, kad atitinka aptariamą sutarties vykdymo sąlygą“. „Teisingumo Teismas pažymėjo, kad tai, jog dalyviai turi įvykdyti visas sutarties vykdymo sąlygas nuo pat jų pasiūlymo pateikimo, yra perteklinis reikalavimas, todėl gali atgrasyti šiuos ekonominės veiklos vykdytojus dalyvauti viešųjų pirkimų procedūrose, ir taip gali būti pažeisti Direktyvos 18 straipsnio 1 dalyje užtikrinami proporcingumo ir skaidrumo principai“.

Todėl perkančiosios organizacijos privalo laikytis iš viešųjų pirkimų teisinio reguliavimo išplaukiančio draudimo atmesti konkurso dalyvio pasiūlymą vien dėl to, kad šį pateikdamas jis neįrodė, jog atitinka sutarties vykdymo sąlygas. Darytina išvada, kad susidaro ir tokių situacijų, kai perkančioji organizacija apskritai neturi teisės tiekėjų reikalauti pateikti sertifikatus, bandymų protokolus ar pan., kurių neįmanoma gauti, kol tam tikra prekė nėra pagaminta. Kol prekė nėra pagaminta, tol atitiktis sertifikatam, standartams gali būti įrodinėjama gamintojo deklaracijomis.

Taigi, perkančiosioms organizacijoms visais atvejais reikėtų pridurti „arba lygiavertis“, jeigu negalima išvengti nuorodos į konkretų prekių ženklą, gamintoją ar pan. Rengiant specifikacijas reikia užtikrinti, kad jos nebūtų paprasčiausiai nukopijuotos iš konkretaus gamintojo techninių specifikacijų, kad būtų užtikrinta tikra keleto tiekėjų konkurencija. Darytina išvada, jog perkančioji organizacija neturi teisės atmesti pasiūlymo dėl to, kad siūlomos prekės, paslaugos ar darbai neatitinka techninės specifikacijos reikalavimo, jeigu tiekėjas perkančiajai organizacijai įrodo, kad jo pasiūlyti sprendimai yra lygiaverčiai ir atitinka techninėje specifikacijoje keliamus reikalavimus.

3. PASEKMĖS UŽ KONKURENCIJOS NEUŽTIKRINANČIAS IR TIEKĖJUS DISKRIMINUOJANČIAS PIRKIMO SĄLYGAS

Perkančiosios organizacijos privalo žinoti savo pareigas bei visapusiškai, objektyviai ir išsamiai įvertinti ar parengtos pirkimo sąlygos yra teisėtos ir leidžia tiekėjams konkuruoti. Perkančiosios organizacijos diskrecija nėra beribė ir už piktnaudžiavimą, kylandčius pažeidimus viešuosiuose pirkimuose, iškreiptą konkurenciją, teikėjų diskriminavimą privalo prisiimti atsakomybę.

Tam, kad viešojo administravimo subjektai nepiktnaudžiautų disponuodami viešaisiais finansais, yra būtinas atitinkamas teisinis reguliavimas, kuris nustatytų elgesio taisykles bei numatytų procedūras padarytų pažeidimų prevencijai ir ištaisymui. Tačiau šiuo metu viešuosiuose pirkimuose taikomos sankcijos perkančiosioms organizacijoms nėra labai veiksmingos, lengvai pritaikomos ir ne visuomet yra naudingos tiekėjų teisės gynbos aspektu.

Akivaizdu, jog perkančiajai organizacijai vienam iš tiekėjų darant bet kokias išimtis ar sudarant tam tikras išskirtines sąlygas, visi viešųjų pirkimų principai yra pažeidžiami ir perkančiosios organizacijos sprendimas turėtų būti pripažįstamas neteisėtu bei panaikintas. Tačiau praktika skiriasi nuo realybės ir susiklosto situacijos, kai nors ir perkančiosios organizacijos sprendimas pripažįstamas neteisėtu, tačiau jis nėra panaikinamas dėl viešojo intereso ar kitų aplinkybių ir sudaryta sutartis su neteisėtu pirkimo laimėtoju paliekama galioti. Tokiu atveju perkančiajai organizacijai taikoma alternatyvi sankcija, o vėliau tiekėjas gali kreiptis ir dėl žalos atlyginimo.

Svarbu tai, kad alternatyvių sankcijų taikymas perkančiosioms organizacijoms neatkuria sąžiningo tiekėjo pažeistų teisių, o žalos atlyginimo institutas yra ganėtinai problematiškas ir apsunkintas.

VPI 107 straipsnio 2 dalyje įtvirtinta tiekėjų teisė iš perkančiųjų organizacijų reikalauti atlyginti netiesioginius nuostolius, kurių atsirado dėl šio įstatymo reikalavimų nesilaikymo. Iš esmės tiekėjams tokiu atveju lieka pasinaudoti teise į žalos atlyginimą, tai vienas iš kertinių elementų, galinčių padėti užtikrinti viešųjų pirkimų procedūrų viešumą, skaidrumą, atitikimą teisės aktų reikalavimams. Pažymėtina ir tai, jog veiksmingas teisės į žalos atlyginimą instituto pritaikomumas sudarytų prielaidas dažniau imtis atitinkamų priemonių galimos žalos ir teisėtų interesų pažeidimo prevencijai įgyvendinti. Šiuo metu žalos atlyginimo viešuosiuose pirkimuose pritaikomumas yra smarkiai patobulėjęs, kadangi kasacinis teismas suformavo itin reikšmingą precedentą pirmiausia skirtą žalos

atlyginimo bylose, bet tuo pačiu ir dėl papildomų, ne mažiau praktikams reikšmingų, teisės klausimų.

Lietuvos Aukščiausiasis teismas 2018-12-20 nutartimi civilinėje byloje Nr. e3K-7-359-469/2018 suformavo precedentą, kuriuo išplėstinė teisėjų kolegija šioje byloje pasisako dėl: a) tiekėjų pažeistų teisių gynbos priemonių taikymo reikšmės ginčui dėl perkančiųjų organizacijų deliktinės atsakomybės; b) tiekėjų teisės į nuostolių atlyginimą įgyvendinimo tinkamumo; c) ginčo šalių grąžinimo (grįžimo) į prieš pažeidimą buvusią padėtį; d) tam tikrų neįprastai mažos pasiūlymo kainos instituto nuostatų aiškinimo ir taikymo aspektų; e) ieškovei priteistinos žalos atlyginimo dydžio.

Prieš pasisakydamas dėl esmės, LAT pradėjo nuo akcento, jog nors kiekvienas tiekėjas pats savarankiškai turi teisę apsispręsti, kaip jis gins savo interesus prieš perkančiąją organizaciją ir kokių savo teisių gynimo priemonių jis reikalaus (sprendimo panaikinimo, sutarties nugalinimo, žalos atlyginimo ir pan.), tačiau, teismai yra įpareigoti ieškoti tinkamo balanso, kad, viena vertus, būtų atkurti nukentėjusiojo tiekėjo pažeisti turtiniai interesai, kita vertus, nenukentėtų viešasis interesas, kuris gali būti pažeidžiamas tuo, jog dėl netinkamai parinktų teisių gynimo priemonių viešieji finansai bus panaudoti neefektyviai, nes perkančioji organizacija galimai privalės ir atlyginti tiekėjui nuostolius, ir dar jų patirti, pavyzdžiui, dėl netinkamo sutarties vykdymo (Soloveičik, iš Lietuvos Aukščiausiojo teismo 2018-12-20 nutarties civilinėje byloje Nr. e3K-7-359-469/2018).

Lietuvos teismų, įskaitant kasacinį teismą, praktikoje nagrinėjant tiekėjų ir perkančiųjų organizacijų ginčus, kai nustatomas pirkėjo atitinkamų pareigų pažeidimas, esant sudarytai viešojo pirkimo sutarčiai, galimai siekiant kuo mažiau neigiamų padarinių, paprastai (dažniausiai) neteisėtai sudarytas sandoris išsaugomas, **o perkančiajai organizacijai skiriama bauda arba sutrumpinamas sutarties terminas.**<...> Nagrinėjamu atveju ieškovė pareiškė reikalavimą atsakovei dėl nuostolių atlyginimo iš esmės dėl to, kad, pirma, su Konkurso laimėtoju buvo sudaryta viešojo pirkimo sutartis, antra, apeliacinės instancijos teismas, nors ir pripažino jos neteisėtumą, bet ją išsaugojo. Kita vertus, viešojo pirkimo sutartis su trečiuoju asmeniu buvo sudaryta dėl to, kad teismai netenkino dviejų ieškovės reikalavimų taikyti laikinąją apsaugos priemonę.

Išplėstinės teisėjų kolegijos vertinimu, neteisėtai sudarytos viešojo pirkimo sutarties išsaugojimo, kaip išimtinės priemonės, ir kitų peržiūros procedūros instrumentų taikymas tam tikrais atvejais gali prisidėti prie perkančiųjų organizacijų deliktinės atsakomybės ginčų kilimo. Dėl to perkančiosios organizacijos objektyviai gali susidurti su dvigubo mokėjimo už sutartį situacijomis, įgyvendindamos pareigą pagal sutartį sumokėti

kontrahentui už jos vykdymą ir pareigą pagal teismo sprendimą sumokėti neteisėtai pašalinto ar nepripažinto viešojo pirkimo laimėtojo naudai civilinės atsakomybės forma.

Apibendrinant galima teigti, kad pasekmės už neteisėtas pirkimo sąlygas ir iš to išplaukiančius neteisėtus perkančiosios organizacijos priimtus sprendimus nėra pakankamai veiksmingos. Taikomos pasekmės už neteisėtas viešojo pirkimo procedūras stokoja efektyvumo, prevencijos, kad tam būtų užkirstas kelias. Taipogi, veiksmingas teisės į žalos atlyginimą instituto pritaikomumas galėtų sudaryti prielaidas dažniau imtis galimos žalos ir teisėtų interesų pažeidimo prevencijai įgyvendinti.

IŠVADOS IR PASIŪLYMAI

1. VPI vis dar nėra *expressis verbis* įtvirtinta, kad sąžininga konkurencija yra viešųjų pirkimų principas, todėl įstatymas galėtų būti pakoreguotas aiškiai nustatant konkurenciją kaip principą bei jo aiškinimą ir įgyvendinimą. Aiškus bendro konkurencijos principo pripažinimas būtų geriausia teisinė priemonė, užtikrinanti konkurencinį teisės normų aiškinimą.
2. Sąžiningos konkurencijos pažeidimai rengiant pirkimo sąlygas dažniausiai kyla perkančiosioms organizacijoms įgyvendinant suteiktas diskrecijos teises, t. y. nustatant neaiškias, neišsamias, dviprasmiškas ir diskriminuojančias pirkimo sąlygas. Perkančiosios organizacijos netinkamai parengia pirkimo sąlygas, kurios neužtikrina konkurencijos dėl piktnaudžiavimo joms suteikta diskrecijos teise arba dėl kompetencijos trūkumo ir įstatymų kaitos.
3. Perkančiosios organizacijos diskrecijos įgyvendinimo ribos turi būti vertinamos kompleksiskai, tai reiškia, jog kiekvienu atveju reikia įvertinti ar perkančioji organizacija, nepažeidė įstatymo, teisės principų (lygiateisiškumo, nediskriminavimo, proporcingumo, protingumo, abipusio pripažinimo, skaidrumo, atskaitingumo, sąžiningumo ir t. t.), priimti sprendimai atitinka suformuotą teisminę praktiką bei užtikrina konkurenciją. Tai yra pagrindiniai faktoriai, pagal kuriuos matuojama ar diskrecijos ribos nebuvo peržengtos.
4. Konkurencijos užtikrinimas yra subtilus dalykas ir teisės normose negali būti numatytos visos galimos situacijos, kurioms susiklosčius kyla grėsmė neužtikrinti konkurencijos. Todėl turi būti tobulinamas perkančiųjų organizacijų diskrecijos įgyvendinimo teisinis reguliavimas ir parengti tai konkretizuojantys teisės aktai.
5. Pasekmės perkančiosioms organizacijoms už peržengtas diskrecijos ribas ir dėl to netinkamai parengtas pirkimo sąlygas nėra pakankamai veiksmingos. Taikomos sankcijos perkančiosioms organizacijoms ne visuomet atkuria sąžiningo tiekėjo pažeistas teises, o žalos atlyginimo institutas yra ganėtinai apsinkintas.

LITERATŪROS SĄRAŠAS

TEISĖS NORMINIAI AKTAI

1. Lietuvos Respublikos Konstitucija (1992). Valstybės žinios, 33-1014.
2. Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas (1999). Teisės aktų registras, Nr. VIII-1099.
3. Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas (1996). Teisės aktų registras, Nr. I-1419.

SPECIALIOJI LITERATŪRA

4. Falvey R., La Chimia A., Morrissey O., Zgovu E. (2008), „Competition policy and public procurement in developing countries“, CREDIT Research Paper, No. 08/07.
5. Klimašauskienė, (2007), „Konkurencijos samprata ekonomikos teorijoje“.
6. Pajarskas, Š. (2014), „Konkurencijos teisė Lietuvoje: sprendimai ir bylos“, ISBN 978-609-404-178-5.
7. Reich, A. (1999), „The evolution of international regimes on public purchasing“, Kluwer Law International.
8. Ruseckas, G. (2010), „Viešųjų pirkimų organizavimo metodinės rekomendacijos“.
9. Soloveičik, D., Šimanskis, K. (2020) Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymo komentaras.
10. Sakalauskaitė, E. (2017), „Perkančiųjų organizacijų diskrecijos problemos derinant skirtingus interesus viešuosiuose pirkimuose“.
11. Soloveičik, D. (2008), „Viešųjų pirkimų principai: jų taikymas remiantis Europos Teisingumo Teismo ir Lietuvos teismų praktika“, Justitia, Nr. 3.
12. Žalioji knyga (2011), dėl ES viešųjų pirkimų politikos modernizavimo Efektyvesnės Europos viešųjų pirkimų rinkos kūrimas.

TEISMŲ PRAKTIKA

Europos Sąjungos Teisingumo Teismo praktika:

13. Teisingumo Teismo 1988-09-20 Sprendimas Beentjes prieš Nyderlandų valstybę, 31/87.

14. Europos Sąjungos Teisingumo Teismo 1995-01-24 sprendimas Komisija prieš Nyderlandus, Nr. C-359/93.
15. Europos Sąjungos Teisingumo Teismo 2004-04-29 sprendimas Komisija prieš CAS Succhi di Frutta, C-496/99.

Lietuvos Respublikos teismų praktika:

1. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Senato apžvalga 2009-09-03, Nr. 31.
2. Viešųjų pirkimų reglamentavimo ir teismų praktikos apžvalga AC-38-1.
3. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2008-12-23 nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-583/2008.
4. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2010-04-06 nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-150/2010
5. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2011-12-09 nutartis civilinėje byloje 3K-3-499/2011.
6. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2011-12-14 nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-507/2011.
7. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2011-05-24 nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-249/2011.
8. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2011-05-09 nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-231/2011.
9. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2011-06-27 nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-293/2011.
10. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2014-07-04 nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-411/2014.
11. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2015-02-06 nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-39-690/2015.
12. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2015-03-04 nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-96-916/2015
13. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2015-08-07 nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-466-969/2015.
14. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2017-05-18 nutartis byloje Nr. e3K-3-241-690/2017.
15. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2017-07-12 nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-322-916/2017.

16. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2017-11-16 nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-369-916/2017.
17. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2018-05-03 nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-178-378/2018.
18. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2018-09-04 nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-319-969/2018.
19. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2018-10-19 nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-468-469/2018.
20. Lietuvos Aukščiausiojo teismo 2018-12-20 nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-7-359-469/2018.
21. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2021-06-30 nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-151-969/2021.
22. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2008-12-15 sprendimas administracinėje byloje Nr. A556 – 2011/2008.
23. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2022-01-19 nutartis administracinėje byloje Nr. eA-83-261/2022.
24. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2022-01-26 nutartis administracinėje byloje Nr. eA-308-624/2022.
25. Lietuvos apeliacinio teismo 2015-07-03 sprendimas civilinėje byloje Nr. e2A-411-180/2015.
26. Lietuvos apeliacinio teismo 2021-03-04 nutartis civilinėje byloje Nr. e2A-533-302/2021.
27. Vilniaus apygardos administracinio teismo 2022-01-25 sprendimas administracinėje byloje Nr. eI3-1301-535/2022.
28. Klaipėdos apygardos teismo 2015-03-10 sprendimas civilinėje byloje Nr. e2-988-826/2015.
29. Šiaulių apygardos teismo 2021-01-27 sprendimas civilinėje byloje Nr. e2-265-569/2021.
30. Vilniaus apygardos teismo 2022-02-17 sprendimas civilinėje byloje Nr. e2-1024-340/2022.

KITI ŠALTINIAI

31. Arrowsmith, S. (2014), „The law of public and utilities procurement“, London: Sweet & Maxwell.

32. Sanchez-Graells, A. (2022), „Competition and procurement regulation: a goal, a principle, a requirement, or all of the above?“.
33. Kenstavičius D. (2019), „Konkurencijos užtikrinimas organizuojant viešuosius pirkimus“.
34. Mosca, M. (2005), „Competition and Monopoly Power in Vii fredo Pareto and Enrico Barone“.
35. Soloveičik, D. (2014), „Viešųjų pirkimų teisės tikslai ir jų įgyvendinimas“, ISSN 1392-1274. TEISĖ.
36. Soloveičik, D. (2014), „Viešųjų pirkimų teisės tikslai ir jų įgyvendinimas“.
37. Soloveičik, D. (2018), „Naujos taisyklės dėl galimybės reikalauti nuostolių iš perkančiųjų organizacijų“, Teise.pro.
38. Soloveičik, D. (2020), „Perkančiosios organizacijos diskrecijos panaudojimas nutraukiant viešojo pirkimo sutartį dėl esminio jos pažeidimo“.
39. Soloveičik, D., Šimanskis, K. (2019), „Interesų konflikto koncepcija pagal Lietuvos ir Europos Sąjungos viešųjų pirkimų teisę ir teismų praktiką“, ISSN 1392-1274. TEISĖ.
40. Soloveičik, D. (2020), „Perkančiosios organizacijos diskrecijos panaudojimas nutraukiant viešojo pirkimo sutartį dėl esminio jos pažeidimo“ iš Bogojevič, S., Groussot, X., Hettne, J. (2019), The „Age of Discretion“: Understanding the Scope and Limits of Dis-cretion in EU Public Procurement Law.
41. Soloveičik, D. (2020), „Perkančiosios organizacijos diskrecijos panaudojimas nutraukiant viešojo pirkimo sutartį dėl esminio jos pažeidimo“ iš Dworkin, R. (2013). Taking Rights Seriously. Bloomsbury.
42. Viešųjų pirkimų tarnyba (2020), „Dėl techninėse specifikacijose nustatomų reikalavimų pagrindimo“.

SANTRAUKA

Konkurencijos užtikrinimas ir nediskriminavimo pareiga rengiant viešojo pirkimo sąlygas

Diana Karabinaitė

Šiame darbe nagrinėjama tema yra perkančiosios organizacijos diskrecijos ribos rengiant pirkimo sąlygas, kurios užtikrintų konkurenciją ir nediskriminuotų tiekėjų. Siekiant aiškumo ir tikslumo darbe pirmiausia analizuojami viešųjų pirkimų principai, jų santykis su konkurencijos užtikrinimu bei konkurencijos ir nediskriminavimo pareigų samprata. Reikšmingas aspektas, kuris pažymėtas darbe yra tas, kad nėra tiksliai sureguliuota, ar konkurencija viešuosiuose pirkimuose yra laikoma principu, tikslu ar saugoma vertybe savaime.

Antroje darbo dalyje aptariama perkančiųjų organizacijų diskrecijos ribų problematika. Pirmoji problema atsiranda tuomet, kai perkančioji organizacija pirkimo sąlygose nustato perteklinius arba neproporcingus reikalavimus ir taip privilegijuoja vienintelio gamintojo prekę su tikslu ją įsigyti. Aptariama situacija, kai perkančiajai organizacijai suteikiama diskrecija nustatyti ir apibrėžti pirkimo objektą apibūdinančius reikalavimus, kurie yra būtini siekiant užtikrinti sėkmingą pirkimo sutarties vykdymą. Tačiau tokie reikalavimai turi būti nustatyti funkciniai reikalavimus, o ne nurodant išsirinktą gamintoją ar modelį ir taip iškreipiant konkurenciją. Trečioji problema, kad perkančiosios organizacijos ne visuomet tinkamai lygiavertiškumo doktriną aiškina ir ją taiko. Perkančioji organizacija neturi teisės atmesti pasiūlymo dėl to, kad siūlomos prekės, paslaugos ar darbai neatitinka techninės specifikacijos reikalavimo, jeigu tiekėjas perkančiajai organizacijai įrodo, kad jo pasiūlyti sprendimai yra lygiaverčiai ir atitinka techninėje specifikacijoje keliamus reikalavimus.

Paskutinėje darbo dalyje kalbama apie netinkamai parengtas pirkimo sąlygas ir už tai taikomas sankcijas perkančiosioms organizacijoms. Pastebėtina, kad alternatyvių sankcijų taikymas perkančiosioms organizacijoms neatkuria sąžiningo tiekėjo pažeistų teisių, o žalos atlyginimo institutas yra ganėtinai problematiškas ir apsunkintas.

SUMMARY

Ensuring competition and the obligation of non-discrimination in the preparation of public procurement conditions

Diana Karabinaitė

The subject covered by this work is the limits of the contracting authority's discretion in drawing up procurement conditions that would also ensure non-discriminatory suppliers. For the sake of clarity and accuracy, the work primarily analyses the principles of public procurement, their relationship with ensuring competition and the concept of competition and non-discrimination obligations. A significant aspect that is noted in the work is that it is not precisely regulated whether competition in public procurement is considered a principle, an end or protected by values in itself.

The second part of the work deals with the issues of the limits of the discretion of contracting authorities. The first problem arises when the contracting authority imposes excessive requirements or disproportionate requirements in the terms of the procurement, thereby privileging the product of the sole producer for the purpose of acquiring it. A situation in which the contracting authority is given the discretion to identify and define the object of the procurement, which may relate to the requirements that are in place to ensure the successful performance of the contract. However, functional requirements must be laid down and not by indicating the chosen manufacturer or model meeting such requirements, thereby recovering. The third problem is that contracting authorities are not properly interpreted and applied the doctrine of equivalence. The contracting authority shall not be entitled to reject a tender on the ground that the goods, services or works offered do not constitute a technical specification requirement if the supplier proves to the contracting authority that the solutions proposed by him are equivalent and meet the requirements of the technical specification.

The last part of the work deals with improperly drawn up procurement conditions and the sanctions imposed on contracting authorities for this. It should be noted that the application of alternative sanctions to contracting authorities does not restore the rights violated by a fair supplier, and the institute of compensation for damages is quite problematic and burdensome.