

Perkančiosios organizacijos diskrecijos panaudojimas nutraukiant viešojo pirkimo sutartį dėl esminio jos pažeidimo

Deividas Soloveičik, LL.M, MCI Arb

Vilniaus universiteto Teisės fakulteto
Privatinės teisės katedros docentas
socialinių mokslų daktaras
Saulėtekio al. 9, I rūmai, LT-10222 Vilnius
Tel. (+370 5) 236 6170
El. paštas: deividas@soloveicikas.lt

Šia publikacija siekiama išanalizuoti atskirai ir tuo pačiu sujungti dvi savarankiškas teises kategorijas: perkančiųjų organizacijų diskreciją viešuosiuose pirkimuose ir jų teisę pasinaudoti vienašaliu pirkimo sutarties nutraukimu dėl esminio pažeidimo kaip teisių gynimo priemone. Straipsnyje teigiama, kad viešųjų pirkėjų diskrecijos teisėtumui pagrįsti taikytinas dviejų pakopų testas, kuris turi būti taikomas ne tik viešojo pirkimo procedūrų stadijai, bet ir pirkimo sutarties vykdymo etape. Straipsnio autorius įrodinėja, kad perkančiosios organizacijos, siekdamos pasinaudoti vienašaliu sutarties nutraukimo galimybe, visais atvejais Civilinio kodekso nuostatas turi derinti su viešųjų pirkimų principais.

Pagrindiniai žodžiai: viešieji pirkimai, perkančioji organizacija, diskrecija, viešojo pirkimo sutartis, sutarties nutraukimas.

The Implementation of the Discretion of the Contracting Authority while Terminating a Public Contract for a Material Breach

This publication is a scholarly research on two separate yet interconnected legal categories: the discretion of the contracting authorities in public procurement and their right to use a unilateral termination of the public contract for the material breach as a remedy. The author hereby contends that there is a two-phase test which must be used in each case when the question of discretion arises. Moreover, the author believes that the latter cognitive tool must be implemented during the both at the time of the procurement procedures and amid the execution of the public contract. The author also argues that the provisions of the Civil Code must not be solely referred to in cases of termination of a public contract and that the procurement principles must always be deployed alongside to make a rational decision regarding the exit of the public contract.

Keywords: public procurement, contracting authority, discretion, public contract, termination of the contract.

Įvadas

Perkančiųjų organizacijų¹ diskrecijos, t. y. teisės veikti savo nuožiūra viešųjų pirkimų kontekste, tema šiandien yra kaip niekad aktuali. Kuo toliau, tuo daugiau administracinių, vadybinių, kompetencijos ir

¹ Perkančiosios organizacijos sąvoka yra įtvirtinta ir apibrėžta Viešųjų pirkimų įstatymo 2 straipsnio 25 dalyje. O perkančiojo subjekto sąvoka yra reglamentuojama Pirkimų, atliekamų vandentvarkos, energetikos, transporto ar pašto paslaugų srityse perkančiųjų subjektų, įstatymo 4 straipsnyje. Nors šios sąvokos yra skirtingos, tačiau abi skirtos viešojo pirkėjo teisiniam statusui reglamentuoti. Todėl toliau šioje publikacijoje bus vartojamas terminas „perkančioji organizacija“, šio straipsnio tikslais apimantis ir perkančiojo subjekto sąvoką.

kitų funkcijų yra priskiriama viešiesiems pirkėjams, kadangi per viešuosius pirkimus yra išleidžiama didelė valstybės finansų dalis. Todėl 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. Prie atsakymų į šiuos klausimus trūkumo prisideda ir, viena vertus, viešųjų pirkimų teisinio reguliavimo netobulumas, kita vertus, – pati viešųjų pirkimų teisės natūra, kuri lemia, kad šioje srityje yra daug „pilkųjų zonų“, kuriose veikimas yra pagrįstas būtent perkančiųjų organizacijų diskrecija.

Šios publikacijos *objektas* yra perkančiųjų organizacijų diskrecijos panaudojimas konkrečiu specifiniu atveju – vienašališkai nutraukiant viešojo pirkimo sutartis dėl esminio pažeidimo. Atitinkamai šia publikacija siekiama kelių tikslų ir su jais susijusių uždavinių. Pirmą, šio darbo *tikslas* yra išanalizuoti ir įvertinti esamą teisės doktriną ir teismų praktiką, susijusią su perkančiųjų organizacijų diskrecija vienašališkai nutraukti viešojo pirkimo sutartis dėl esminio pažeidimo. Su šiuo tikslu susiję *uždaviniai* yra visų pirma ištirti, kas yra perkančiųjų organizacijų diskrecija apskritai, kokios yra galimos jos formos, taip pat kokios yra perkančiųjų organizacijų diskrecijos ribos ir kokie galimi kriterijai, kuriais remiantis būtų galima atsakyti į klausimą, ar viešojo pirkėjo teisė veikti savo nuožiūra nurodytu konkrečiu atveju – nutraukiant viešojo pirkimo sutartis dėl esminio pažeidimo yra įgyvendinama tinkamai. Antra, šio darbo tikslas yra atlikti mokslinį tyrimą dėl perkančiųjų organizacijų diskrecijos, nutraukiant viešojo pirkimo sutartis dėl esminio pažeidimo, ribojimo galimybių. Su šiuo tikslu susijęs uždavinys – ištirti, kaip turi būti įgyvendinama perkančiosios organizacijos diskrecija, taikant savarankišką jos teisių gynimo būdą – vienašalį sutarties nutraukimą dėl esminio jos pažeidimo. Kitaip tariant, siekiama nustatyti, ar yra apribojimų perkančiajai organizacijai taikyti šį teisės gynimo būdą ir, jeigu taip, – kokių. Pagal dėstomus uždavinius atitinkamai parinkta ir šios publikacijos struktūra.

Šis darbas yra originalus, nes šiuo metu nėra išsamios ir gausios teisės doktrinos apie perkančiųjų organizacijų diskreciją. Lietuvoje šią temą bendrais aspektais analizavo E. Sakalauskaitė (Sakalauskaitė, 2017), tačiau ši autorė netyrė viešojo pirkėjo diskrecijos panaudojimo galimybių jo teisių gynimo srityje tais aspektais, kurie yra analizuojami šiame straipsnyje. Bendrai diskrecijai viešuosiuose pirkimuose yra skirta keletas užsienio teisės mokslinių veikalų, kuriais bus remiamasi šioje publikacijoje. Tačiau publikacijos autoriui nėra žinoma mokslo darbų, kuriuose būtų derinami pirmiau nurodyti du savarankiški teisės aspektai: perkančiųjų organizacijų diskrecija ir jos panaudojimas, siekiant įgyvendinti savarankišką teisių gynimo būdą – vienašalį sutarties nutraukimą dėl esminio jos pažeidimo. Todėl pateikiama mokslinė analizė yra ne tik aktuali, bet ir originali.

Atskirai vertėtų paminėti, kad dėl ribotos mokslinės publikacijos apimties šiame darbe nebus analizuojamos kai kurios pamatinės viešųjų pirkimų ar kitų teisės šakų (civilinės teisės) kategorijos. Pavyzdžiui, šioje publikacijoje nebus atskirai tiriami viešųjų pirkimų principai ar tikslai, esminio sutarties pažeidimo pagal Civilinio kodekso 6.217 straipsnį samprata ir požymiai arba tai, kas yra teisės subjekto diskrecija apskritai. Autorius tiesiogiai remsis šiomis kategorijomis, siekdamas ištirti, *kaip, kada ir kokia apimtimi* jos turi (arba gali) būti panaudojamos viešųjų pirkimų kontekste, bet ne *kas* tai yra.

Rengiant publikaciją, remtasi užsienio šalių mokslininkų (A. S. Graells, S. Bogojevič, X. Groussot, J. Hettne, C. R. Hamer) darbais, taip pat Europos Sąjungos Teisingumo Teismo (toliau – ESTT) ir Lietuvos Aukščiausiojo Teismo (toliau – LAT) teismų praktika. Nors analizuojama tema *teisės požiūriu* yra tarptautinio pobūdžio, tačiau šios publikacijos rengimą ir temos mokslinę analizę pirmiausia lėmė nacionalinėje teisės *praktikoje* pastebima tendencija, kai perkančiosios organizacijos dirbtinai (formalizuotai) pasinaudoja galimybe nutraukti viešojo pirkimo sutartis dėl tariamo esminio pažeidimo.

Kitaip tariant, pastebima, kad, pasirinkdamos teisių gynimo būdą, perkančiosios organizacijos prioritetą teikia formaliajam pradui, mažiau atsižvelgia į konkrečias susiklosčiusias faktines aplinkybes ir ypač į sukkeliamus neigiamus vėlesnius teisinius padarinius tiekėjui. Nagrinėjamu klausimu užsienio valstybėse taikomos praktikos kol kas neaptikta, todėl atitinkamai ši publikacija ir tyrimas yra orientuotas į nurodytų nacionalinių viešųjų pirkimų teisinės sistemos problemų sprendimą.

Darbo tikslams pasiekti naudojami istorinis, loginis ir kiti mokslo tiriamieji metodai. Istoriniu metodu siekiama atskleisti, kaip vystėsi perkančiųjų organizacijų diskrecija, taip pat kaip ji kito. Pasitelkiant loginį metodą formuluojamos išvados ir autentiška autoriaus nuomonė apie mokslinės analizės objektą.

Darbo pabaigoje pateikiamos išvados, autoriaus padarytos, remiantis jo atliktu moksliniu tyrimu.

1. Perkančiųjų organizacijų diskrecija viešuosiuose pirkimuose

Teisės filosofas R. Dworkinas žaisminga metafora apibūdino diskreciją kaip teisės fenomeną. Jis teigia, kad diskrecija – tai „skylė spurgoje“ (angl. *the hole in a doughnut*) (Dworkin, 2013, p. 48). 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. K. Davis teigė, kad „kur baigiasi įstatymai, prasideda nuožiūra (diskrecija)“ (angl. *where the law ends, discretion begins*) (Davis, 1971, p. 233). Vis dėlto R. Dworkino metaforą reikėtų suprasti taip, kad diskrecija nėra teisės spraga ar teisės vakuumas arba priešingybė teisės normai (teisei), o tai yra subjektinė teisė, teisės subjekto galimybė veikti savo nuožiūra, kai jam tokia veikimo laisvė yra suteikta teisės normų, kurios reguliuoja konkretų teisinį santykį. Tačiau tokiu atveju atsiranda subjektyvumo galimybė, taikant teisę, kas savaime eliminoja 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 (Bogojevič et al., 2019, p. 3).

Teisės praktikoje diskrecija yra klasifikuojama įvairiai. Teisė veikti savo nuožiūra gali pasireikšti teisėkūros procese (*teisėkūros diskrecija*); viešųjų pirkimų teisės aspektu šia diskrecija naudojasi ES valstybės narės, priimdamos vidaus teisės aktus dėl viešųjų pirkimų ir pavienius institutus ar elementus reglamentuodamos autentiškai, pavyzdžiui, Lietuvoje vidaus sandoriai reglamentuojami griežčiau nei Europos Parlamento ir Tarybos 2014 m. vasario 26 d. direktyvoje Nr. 2014/24/ES dėl viešųjų pirkimų, kuria panaikinama Direktyva 2004/18/EB (toliau – Direktyva 2014/24), t. y. Lietuvoje buvo įgyvendinta teisėkūros diskrecija šioje srityje. Tokią diskreciją pripažino ir ESTT *Irgita* byloje (ESTT 2019 m. spalio 3 d. sprendimas). O kasdienėje veikloje yra įgyvendinama *administracinė* (angl. *administrative*)² arba *vykdomoji* (angl. *executive*) diskrecija, kuri pasireiškia perkančiajai organizacijai taikant viešųjų pirkimų teisės normas. Viešųjų pirkimų kontekste tokia teisė veikti savo nuožiūra įgyvendinama perkančiosioms organizacijoms organizuojant viešųjų pirkimų procesus, tiekėjams dalyvaujant pirkimų procedūrose arba vykdant viešojo pirkimo sutartis. Būtent ši (perkančiųjų organizacijų) diskrecija yra aktuali šiai publikacijai ir moksliniam tyrimui, todėl jai toliau bus skiriama daugiausia dėmesio.

Kitas aktualus klausimas, susijęs su diskrecija viešuosiuose pirkimuose, *kodėl* ji egzistuoja ir kas lemia jos buvimą. Teisės veikti savo nuožiūra viešuosiuose pirkimuose prigimtis gali būti siejama su keliomis priežastimis. Pirmia, tai lemia aplinkybė, kad pavienėse viešųjų pirkimų proceso ir jo teisinio reguliavimo

² Šios publikacijos tikslais terminas „administracinė diskrecija“ yra vartojamas bendrine prasme, t. y. nesiejant šio termino su viešojo administravimo teisiniuose santykiuose vartojamu analogišku terminu.

situacijose diskrecija suteikiama tiek perkančiosioms organizacijoms, tiek ir tiekėjams³. Tai reiškia, kad teisė veikti savo nuožiūra viešųjų pirkimų proceso metu suteikiama keliems adresatams⁴. Taigi, kuo daugiau teisės subjektų turi atitinkamą teisę, tuo dažniau kyla jos tinkamo ir teisėto įgyvendinimo klausimas.

Kita priežastis, kodėl diskrecijos tema yra pasikartojanti viešųjų pirkimų teisės kontekste, yra šios teisės šakos teisinio reguliavimo ypatumai, konkrečiau – sudėtinga teisinė ekosistema. Viešųjų pirkimų teisei būdingas dualus teisinis reguliavimas, nes šie teisiniai santykiai reglamentuojami ES ir nacionalinės teisės. Tiek viešųjų pirkimų teisės šaltinių sistema, tiek ir teisės aktų turinys⁵ savaime daro viešųjų pirkimų teisinę aplinką sudėtingą, kadangi, nors ES viešųjų pirkimų direktyvomis ir nacionaliniu Viešųjų pirkimų įstatymu (toliau – VPI) keliami teisinio reglamentavimo tikslai sutampa, tačiau tiek Lietuvos, tiek ir kitų ES valstybių narių vidaus teise, viena vertus, per viešuosius pirkimus siekiama papildomų (skirtingų) tikslų (plačiau žr. Soloveičikas, 2014), kita vertus, ES viešųjų pirkimų direktyvomis ES valstybėms narėms suteikiama teisėkūros diskrecija (pavyzdžiui, reglamentuojant negatyvaus pobūdžio reikalavimus tiekėjams), kas lemia papildomą (kitoki, su sąlyga, kad tai neprieštaruoja ES teisei) nacionalinį teisinį reguliavimą. Pavyzdžiui, Lietuvoje konfidencialumas (kaip daugelis kitų viešųjų pirkimų teisės institutų, pavyzdžiui, supaprastinti (ikidirektyviniai) viešieji pirkimai) viešuosiuose pirkimuose (VPI 20 str.) reguliuojamas detaliau, išsamiau ir sudėtingiau nei ES viešųjų pirkimų direktyvose ar kitų valstybių narių teisės aktuose. Be to, Lietuvos teismų praktika dėl teisės į pasiūlymo konfidencialumą (arba, priešingai, dėl teisės susipažinti su konkurento pasiūlymu) yra nepalyginti išsamesnė nei ESTT ar kitų ES valstybių narių teismų praktika šiuo aspektu. Taigi, nurodytu teisiniu reglamentavimu yra lemiama teismų praktikos gausa, kadangi viešųjų pirkimų teisės aiškinimo klausimais pasisako tiek ESTT (dėl ES viešųjų pirkimų direktyvų), tiek ir nacionaliniai teismai (dėl vidaus teisės aktų), tam reikia kompleksinio požiūrio į viešųjų pirkimų teisinius santykius. Teisės doktrinoje teigiama, kad per itin dinamišką teismų praktiką viešųjų pirkimų srityje yra vykdoma šios srities nuolatinė tylioji reforma (angl. *constant silent reform*). Manoma, kad, nesusipažinus su aktualia (ESTT) teismų praktika viešųjų pirkimų srityje, „yra neįmanoma tinkamai taikyti ES viešųjų pirkimų teisės“ (Graells-Sanchez, Koninck, 2018, p. 3). Todėl nelieka abejonių, kad tokia viešųjų pirkimų teisės dinamika visada sudarys tinkamas sąlygas viešųjų pirkėjų ir tiekėjų diskrecijai atsirasti.

Galiausiai, analizuojant diskrecijos viešuosiuose pirkimuose kilmės priežastis, reikėtų paminėti, kad jai atsirasti turi įtakos ir konkrečios valstybės įgyvendinama viešųjų pirkimų politika (teisėkūros arba (ir) administracinė), kuri gali būti orientuota į kuo didesnės laisvės veikti perkančiosioms organizacijoms suteikimą (pavyzdžiui, JAV), kas pasireiškia minimalistiniu viešųjų pirkimų teisiniu santykių reglamentavimu ir perkančiųjų organizacijų įgalinimu veikti savo nuožiūra, laikantis nustatytų teisinių reikalavimų (pavyzdžiui, reikalavimo laikytis viešųjų pirkimų principų ir įgyvendinti viešųjų pirkimų tikslus). S. Kelmanas teigia, kad perkančiajai organizacijai turi būti suteikiama kuo daugiau laisvės, kad ji galėtų įgyvendinti savo misiją. Autoriaus nuomone, pats pirkėjas turi pasirinkti geriausias priemones tikslui pasiekti, nes sudėtingi uždaviniai negali būti įgyvendinami be suteiktos

³ Pavyzdžiui, žr. LAT 2020 m. kovo 9 d. nutartį civilinėje byloje Nr. e3K-3-56-248/2020.

⁴ Iš kurių, žinoma, dominuoja viešasis pirkėjas, nes perkančiosios organizacijos yra atsakingos už teisėtą ir tinkamą viešojo pirkimo procesą (pavyzdžiui, žr. LAT 2013 m. gruodžio 20 d. nutartį civilinėje byloje Nr. 3K-3-713/2013), todėl jos natūraliai dažniau susiduria su galimybe įgyvendinti joms priskirtą prerogatyvą ir tuo pačiu diskreciją dėl atitinkamo (ne)veikimo.

⁵ Teisės literatūroje sutariama, kad nors ES teisės aktų leidėjas 2014 m. ES viešųjų pirkimų teisės reforma siekė supaprastinti teisinį reguliavimą ir jį padaryti lankstesnį, šio tikslo pasiekti nepavyko. Doktrinoje nurodoma, kad viešųjų pirkimų teisinio reglamentavimo apimtis ir sudėtingumas tik sukuria „teisininko rojų“, nes be teisininko viešųjų pirkimų taisyklių supratimas yra ribotas (Treumer, Steen, Comba, Mario (Eds.), 2018, p. 2). Tokios pačios nuomonės dėl viešųjų pirkimų teisinio reguliavimo Lietuvoje yra ir šios publikacijos autorius.

teisės veikti savo nuožiūra (Kelman, 1990, p. 90–91). S. Kelmano teigimu, viešųjų pirkimų rezultatai bus geriausiu atveju tik patenkinami, jeigu jų bus siekiama mechaniškai taikant nustatytas taisykles, taip apribojant atsakingų asmenų kūrybiškumą ir galimybę siekti tobulumo (Kelman, 1990, p. 27). Natūralu, kad valstybėse, kuriose puoselėjama tokia viešųjų pirkimų politika, perkančiųjų organizacijų diskrecija klesti. Ir atvirkščiai, kuo teisinis reguliavimas detalesnis ir kazuistiškesnis (ES, Lietuvoje), tuo diskrecijos ribos yra siauresnės.

Viešųjų pirkimų prigimtis savaime sudaro prielaidų galimybei veikti savo nuožiūra, todėl vykdomoji (administracinė) diskrecija yra kasdienis viešųjų pirkimų proceso elementas. Pati terminologija suponuoja, kad šis procesas yra pirkimo procesas. Vadinasi, viešasis pirkėjas turi apsispręsti, ką, kaip, kokia forma, kokį kiekį, kokiomis sąlygomis, terminais ir aplinkybėmis jis pirks. Viešųjų pirkimų teisiniu reguliavimu yra nustatyti minimalūs teisiniai reikalavimai (priklausomai nuo valstybės viešųjų pirkimų politikos – detalūs arba abstraktūs), į kuriuos perkančioji organizacija privalo atsižvelgti, sprendama dėl nurodytų viešojo pirkimo parametrų. Tačiau, kita vertus, toks teisinis reguliavimas objektyviai negali būti kazuistinis, nes neįmanoma viešųjų pirkimų teisės normomis nustatyti, kokie, pavyzdžiui, privalomi tiekėjų kvalifikacijos kriterijai turi būti taikomi *visiems* ypatingų statinių statybos darbams nupirkti *visais* atvejais. Būtent todėl organiškai susidaro galimybė perkančiųjų organizacijų diskrecijai, t. y. jos tiesiogiai savarankiškai nutaria kiekvieno individualaus pirkimo metu, kokiomis sąlygomis gali būti geriausiai organizuotas viešasis pirkimas. Tai reiškia, kad jos, įgyvendindamos administracinę (vykdomąją) diskreciją, kiekvieno viešojo pirkimo metu, *inter alia*, sprendžia dėl nustatytinų reikalavimų tiekėjams (negatyvaus ir pozityvaus pobūdžio (kvalifikacijos)), pirkimo objekto techninės specifikacijos reikalavimų, pasiūlymo vertinimo kriterijaus (jo subkriterijų), viešojo pirkimo sutarties sąlygų ir kt. Tos pačios nuostatos laikomasi ir ES bei nacionalinėje teismų praktikoje, pripažįstant perkančiųjų organizacijų teisę veikti savo nuožiūra kaip bendrąją taisyklę. Pavyzdžiui, ESTT *Roche* byloje konstatavo, kad „technines specifikacijas reglamentuojančiose Sąjungos teisės normose perkančiajai organizacijai pripažįstama didelė diskrecija formuluojant technines pirkimo specifikacijas. Ši diskrecija pateisinama tuo, kad būtent perkančiosios organizacijos geriausiai žino prekes, kurių joms reikia, ir gali geriausiai nustatyti reikalavimus, kurie turi būti tenkinami, kad būtų gauti pageidaujami rezultatai“ (ESTT 2018 m. spalio 25 d. sprendimas). Šio teisinio požiūrio laikėsi ir Lietuvos kasacinis teismas, taip pat nagrinėdamas *Roche* bylą po ESTT pateiktų išaiškinimų (LAT 2019 m. sausio 2 d. nutartis civilinėje byloje). Kitoje byloje LAT, sprenddamas dėl perkančiosios organizacijos teisės pirkimo dokumentuose vartoti specifinę, konkrečiam kontekstui aktualią teisinę arba techninę terminologiją, nurodė, kad „perkančiosioms organizacijoms suteikiama diskrecija tiekėjams kelti reikalavimus, kurie būtų ne visiškai identiški (mažesnės apimties ar kitokio turinio), nei tai įprasta kituose santykiuose“ (LAT 2019 m. birželio 13 d. nutartis civilinėje byloje). Šie pavyzdžiai iliustruoja aiškiai suformuotą teisės aiškinimo taisyklę, pagal kurią viešiesiems pirkėjams pripažįstama teisė savarankiškai veikti ir nuspręsti dėl viešojo pirkimo ir su juo susijusių procesų ypatumų. Be to, perkančiųjų organizacijų diskreciją lemia ne tik pirkimų proceso prigimtis, bet ir joms keliami tikslai ir uždaviniai, kurių siekiama viešųjų pirkimų teisiniu reglamentavimu. Pavyzdžiui, jau ilgą laiką viena iš pagrindinių teisinės minties tendencijų yra ta, kad viešieji pirkimai – tai kur kas daugiau nei tik prekių, paslaugų ir darbų įgijimo teisinės taisyklės. Viešieji pirkimai yra teisinis – ekonominis instrumentas, skirtas valstybės ar regioninei (pasaulinei) politikai aplinkos apsaugos, žmogaus asmeninių ir socialinių teisių, inovacijų skatinimo ir kitose srityse įgyvendinti. Kitaip tariant, viešaisiais pirkimais siekiama užtikrinti socialinius aspektus (angl. *social considerations*) (Graells-Sanchez, 2017, p. 4) arba dar kitaip – viešieji pirkimai turi būti išmanūs (angl. *smart procurement*) (Graells-Sanchez, 2018, p. 1). Šių uždavinių neįmanoma pasiekti, nesuteikiant perkančiajai organizacijai veikimo diskrecijos.

Svarbu paminėti, kad analizuojama perkančiųjų organizacijų diskrecija nėra neribota. Pats viešųjų pirkimų teisinis reglamentavimas suponuoja, kad šie teisiniai santykiai yra reglamentuojami teisės normų. Nacionalinėje teismų praktikoje akcentuojama, kad viešųjų pirkimų teisinių santykių ypatumas yra tas, kad juose dominuoja viešajai teisei būdingas imperatyvusis teisinio reguliavimo metodas, t. y. vyrauja privalomojo pobūdžio nuostatos (LAT 2010 m. kovo 30 d. nutartis civilinėje byloje). Atitinkamai, teismai jau seniai vadovaujasi taisykle, kad „<...> viešųjų pirkimų teisinis reglamentavimas yra susijęs su viešojo intereso apsauga, todėl šio specialaus įstatymo normų reikalavimai yra imperatyvaus pobūdžio <...>“ (Lietuvos apeliacinio teismo 2005 m. spalio 17 d. nutartis civilinėje byloje). Taigi, perkančiosios organizacijos privalo vykdyti viešuosius pirkimus pagal tiesiogiai teisės normų reguliuojamus reikalavimus ir neturi diskrecijos veikti kitaip, nei reglamentuojama VPI (ar ES viešųjų pirkimų direktyvose). Nevertėtų suabsoliutinti teismų praktikoje plėtojamą tezę, kad viešojo pirkimo teisei būdingas imperatyvusis reguliavimo metodas, kas, tariamai, suponuoja principo „neleidžiama daugiau nei tiesiogiai reglamentuota“ taikymą. Šis teisinis požiūris apskritai eliminuotų perkančiųjų organizacijų diskreciją, o pagal minėtą teismų praktiką matyti, kad taip nėra. Todėl būtų teisinga vadovautis nuostata, kad perkančiosios organizacijos turi teisę veikti savo nuožiūra, bet ji yra ribota tiesioginio teisinio reguliavimo. Atkreiptinas dėmesys į tai, kad Lietuvoje teisinis reguliavimas yra gajus. Pavyzdžiui, šios publikacijos rengimo metu jos autorius suskaičiavo, kad, be pirminių teisės šaltinių (ES direktyvų ir VPI), yra bent dešimt Viešųjų pirkimų tarnybos (toliau – VPT) metodikų ir aprašų, kurie yra poįstatyminiai norminiai teisės aktai ir kuriais detalizuojama, dažniausiai plečiamai, viešųjų pirkimų organizavimo tvarka. Tai reiškia, kad dažniausiai perkančiosioms organizacijoms nustatoma didesnė administracinė ir organizavimo bei viešojo pirkimo sutarčių vykdymo priežiūros našta, kas, savo ruožtu, lemia diskrecijos ribojimą. Papildomai, be nurodytų teisės aktų, VPT yra priėmusi ir paskelbusi bent 19 gairių ir rekomendacijų, 15 informacinių pranešimų, taip pat bent 7 pavyzdinius dokumentus, formas ir klasifikatorius. Tai rodo, kad valstybės viešųjų pirkimų politika yra orientuota į administracinės (vykdomosios) diskrecijos siaurinimą.

Perkančiųjų organizacijų diskrecijos ribojimą yra plačiau pripažinę ir nacionaliniai teismai. Skirtingose situacijose Lietuvos kasacinis teismas yra ne tik nurodęs, kad *neribota* perkančiųjų organizacijų diskrecija yra negalima, bet netgi konstatavęs, kad ji yra *draudžiama* (LAT 2016 m. birželio 2 d. nutartis civilinėje byloje; 2020 m. sausio 16 d. nutartis civilinėje byloje). Lietuvos apeliacinis teismas vienoje iš jo pastaruoju metu nagrinėtų civilinių bylų perkančiosios organizacijos teisę veikti savo nuožiūrą susiaurino dar labiau – rekomenduojamojo pobūdžio VPT dokumentą (gaires) *de facto* pripažino norminiu teisės aktu (Lietuvos apeliacinio teismo 2019 m. rugsėjo 24 d. nutartis civilinėje byloje). Ginčo esmė buvo perkančiosios organizacijos sprendimas pirkimą organizuoti kitaip nei rekomenduojama VPT gairėse. Perkančioji organizacija pirkimo sąlygose nurodė, kad pasiūlymas bus vertinamas pagal kainą ir kokybę, suteikiant lygiavertį svorį – po 50 balų. Byloje kilo ginčas dėl to, ar perkančioji organizacija, nustatydamą kainos ir kokybės kriterijų lyginamuosius svorius, visais atvejais turi vadovautis VPT parengtomis Ekonomiškai naudingiausio pasiūlymo vertinimo gairėmis⁶, kuriose, be kita ko, nurodyti rekomenduojami lyginamieji svoriai. Teismas nurodė, kad nors VPT gairės yra rekomendacinio pobūdžio priemonė (pats tą tiesiogiai pripažino), tačiau perkančioji organizacija, nusprendusi nesilaikyti VPT parengtose gairėse pateiktų rekomendacijų, privalo tokį savo sprendimą išsamiai ir aiškiai pagrįsti. Teismas vertino pirkimo objektą, kuris nebuvo sudėtingas, todėl teismas buvo tos nuomonės, kad pagal gairėse pateiktas rekomendacijas pirkime kainai turėtų būti suteikiamas 70–80 proc. lyginamasis svoris, t. y. taip, kaip rekomenduojama VPT. Teismo vertinimu, perkančioji

⁶ http://vpt.lrv.lt/uploads/vpt/documents/files/mp/ENPV_gaires_2017-11-09%E2%80%942018-02-13.pdf

organizacija nepagrindė, kad siekiamų tikslų nebūtų galima pasiekti ir tuo atveju, jei pirkime kainai būtų suteiktas didesnis lyginamasis svoris, todėl, teismo manymu, perkančiosios organizacijos parinktas balų kiekis kainai vertinti buvo neteisėtas.

Pirmiau nurodytos Lietuvos apeliacinio teismo padarytos išvados yra vertos esminės kritikos dėl kelių priežasčių. Pirma, teismas nurodė, kad perkančioji organizacija, norėdama reglamentuoti viešojo pirkimo sąlygas kitaip, nei numatyta VPT gairėse, t. y. rekomendacinio pobūdžio dokumente, privalo pagrįsti ir motyvuoti, kodėl ji nori veikti kitokiu būdu. Kitaip tariant, teismas prilygino rekomendaciją (gerosios praktikos pavyzdį) norminiam teisės aktui, t. y. rekomendaciją *de facto* paverė privalomo elgesio taisykle, teisės norma. Pati savaime tokia situacija nedera su valdžių padalijimo ar teisinės valstybės principu (Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2000 m. vasario 23 d. nutarimas), nes teismas faktiškai veikė už įstatymų leidžiamąją valdžią, t. y. sukūrė teisės normą. Be to, minėta situacija nedera ir su teisinių santykių dalyvių teisėtu lūkesčiu, nes tokiais atvejais tampa neaišku, kas yra privaloma, o kas – rekomenduojama. Antra, tokiu teisės aiškinimu teismas iš esmės sunaikino (ne panaikino) perkančiosios organizacijos diskreciją pasirinkti vertinimo subkriterijaus lyginamąjį svorį, kuri, kaip išanalizuota anksčiau, būtent tokiais atvejais jai įstatymo ir yra pripažįstama. Trečia, teismas neteisėtai išplėtė perkančiosios organizacijos administracinės naštos apimtį, nes nurodė, kad, jei ji pageidauja veikti kitaip nei numatyta gairėse, privalo tai pagrįsti pirkimo dokumentuose. Tokios teisinės prigimties pareiga tiesiogiai įtvirtinta, pavyzdžiui, VPI 28 straipsnio 2 dalyje dėl perkančiųjų organizacijų pareigos pagrįsti pirkimo neskaidymą į dalis. Taigi, įstatymų leidėjui siekiant konkrečios pareigos perkančiajai organizacijai, ji yra tiesiogiai reglamentuojama. O aptariamas teismo plečiamasis aiškinimas yra perteklinis, keičia viešojo pirkimo proceso dalyvių teisių ir pareigų pusiausvyrą. Pažymėtina, kad tokio aiškinimo padariniai gali itin neigiamai paveikti pirkimo proceso efektyvumą. Pavyzdžiui, perkančiajai organizacijai nepagrindus arba *tinkamai* nepagrindus savo pasirinkimo dėl proceso reguliavimo kitaip, nei numatyta VPT rekomendacijose, jos vykdomas viešasis pirkimas, remiantis pirmiau aptarta Lietuvos apeliacinio teismo vertinimo logika, turėtų būti pripažintas neteisėtu ir atitinkamai turėtų būti nutrauktas (LAT 2016 m. kovo 30 d. nutartis civilinėje byloje). Tai sudaro labai palankias sąlygas tiekėjams piktnaudžiauti teise, kas iš esmės paverčia perkančiąją organizaciją proceso formalumų įkaite, dėl ko ji negali efektyviai ir greitai organizuoti pirkimo proceso. Be to, tokia viešųjų pirkimų politika skatina mechaninį perkančiųjų organizacijų veikimą, kai jos taiko viešųjų pirkimų teisės normas automatiškai, tai pašalina galimybę siekti viešųjų pirkimų esminių tikslų efektyviausiomis formomis. Galiausiai, tai nepagrįstai išplečia VPT reguliacinę funkciją, sukoncentruojant dėmesį į institucinę diskreciją, kas iš esmės suvaržo perkančiųjų organizacijų iniciatyvą ir kūrybiškumą.

Aptarta teisinio reglamentavimo ir aktualios teismų praktikos analizė parodo, kad, kaip minėta, 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? Atsakant į šį klausimą, pirmiausia reikia pakartotinai atsigręžti į viešųjų pirkimų teisės tikslus ir jos principus (VPI 1 str., 17 str.). Jais *a priori* siekiama skatinti konkurencingą viešojo pirkimo procedūrą, visiems suinteresuotiems tiekėjams sudarant lygias galimybes dalyvauti tokioje procedūroje. Plačiuoju požiūriu, kaip minėta, viešaisiais pirkimais siekiama daugiau nei tik konkretaus viešojo pirkimo proceso (t. y. viešaisiais pirkimais gali būti siekiama socialinės atsakomybės, inovacijų, aplinkos apsaugos, žmogaus ir socialinių teisių apsaugos ir kt.). Vadinasi, perkančiųjų organizacijų diskrecija, kaip teisinė kategorija, visada turi būti derinama su šiais tikslais ir atitinkamai diskrecija turi būti leidžiama, jeigu ji skatina ir prisideda prie šių tikslų įgyvendinimo ir konkurencijos skatinimo *per* konkretų viešąjį pirkimą. Tokios pačios nuomonės laikomasi ir nūdienos viešųjų pirkimų teisės doktrinoje. A. S. Graellsas teigia, kad, pirma, viešųjų pirkimų teisės normos

turi būti aiškinamos taip, kad būtų siekiama išplėsti konkurenciją, t. y. jos turi būti interpretuojamos ir taikomos prokonkurencingu būdu, ir, antra, perkančiosios organizacijos turi susilaikyti nuo bet kokios praktikos, kuri riboja, stabdo ar iškreipia konkurenciją (Graells-Sanchez, 2015, 5 skyrius). Tokia teisinė mintis nėra nauja. Tiek teisėkūros ar už viešųjų pirkimų politikos priežiūrą atsakingų institucijų⁷, tiek ir teismų praktikoje jau ilgą laiką pabrėžiama, kad viešaisiais pirkimais siekiama skatinti ir užtikrinti konkurenciją (*largo sensu*) ir konkurencingą pirkimo procesą (*stricto sensu*). Teismai apskritai vadovaujasi nuostata, kad konkurencijos garantija yra viešosios tvarkos dalis (LAT 2011 m. gruodžio 13 d. nutartis; 2013 m. gruodžio 3 d. Viešųjų pirkimų reglamentavimo ir teismų praktikos apžvalga). Tačiau šioje publikacijoje analizuojamos temos kontekste minėta praktika reiškia daugiau. 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 vadovojamasi konkurencijos skatinimo kompasu. Kitaip tariant, konkurencijos skatinimas yra reikšmingas dėmuo, nustatant, ar perkančiosios organizacijos diskrecija *konkrečiu atveju* yra galima, ribojama ar apskritai draudžiama. Kuo daugiau perkančiosios organizacijos veiksmai ir (arba) iniciatyva yra skirta konkurencijai skatinti, tuo labiau teisinga teigti, kad tokia viešojo pirkėjo veikimo laisvė yra leidžiama. Pavyzdžiui, sprendžiant, ar perkančioji organizacija tinkamai suformulavo techninės specifikacijos reikalavimus, ar parinko racionalius pasiūlymo kokybės vertinimo kriterijus, taip pat ar teisėtai buvo įgyvendinta perkančiosios organizacijos diskrecija, kai ji viešojo pirkimo sutarties projekte nustatė tam tikras teises ir pareigas, – vertinama tai, ar konkrečios nustatytos sąlygos išplės, paskatins procedūros konkurencingumą ar, priešingai, sumažins galimybę dalyvauti pirkime arba jį laimėti. Autoriaus nuomone, vertinant perkančiųjų organizacijų diskreciją, negalima taikyti principo „vienas dydis visiems atvejams“. Viešojo pirkėjo teisė veikti savarankiškai turi būti vertinama konkrečių faktinių aplinkybių kontekste, taip pat turi būti atsižvelgiama tiek į konkrečios situacijos teisinius, tiek ir į ekonominius aspektus. Kitaip tariant, perkančiųjų organizacijų diskrecija viešuosiuose pirkimuose yra viešųjų pirkimų vadybos dalis. Pavyzdžiui, sutartinių teisių ir pareigų pusiausvyra viešo pirkėjo naudai, t. y. kai nustatoma daugiau teisių perkančiajai organizacijai ir atitinkamai didesnė pareigų našta tiekėjui, vykdant viešojo pirkimo sutartį, būtų pateisinama, jeigu pirkimo objektas yra sudėtingas ir svarbus itin tikslus, disciplinuotas, nepriekaištingas viešojo pirkimo sutarties įvykdymas kokybės, laiko ir kitų svarbių parametru požiūriu. Ir atvirkščiai, perkančiosios organizacijos teisė veikti savo nuožiūra ir sau reglamentuoti tik sutartines teises, o tiekėjui – daugiausiai pareigas, nustatyti neadekvačią pirkimo objektui ir sutarties esmei civilinę atsakomybę ar įtvirtinti kitas drakoniškas sąlygas, esant elementariam ar dažnam perkančiajai organizacijai ar viešųjų pirkimų praktikoje pirkimui, – būtų neteisėtos perkančiosios organizacijos diskrecijos pavyzdys.

Konkurencijos skatinimas yra tik vienas iš rodiklių, lemiančių perkančiųjų organizacijų diskrecijos ribas. Šiuolaikinės viešųjų pirkimų teisės doktrinos ir ES bei nacionaliniu lygiu formuojamos teismų praktikos dėmesys akivaizdžiai krypsta proporcingumo principo taikymo link tais atvejais, kai sprendžiama dėl viešojo pirkėjo turimos diskrecijos turinio ir ribų. Galima sutikti su D. Kelemenio nuomone, kuris teigia, kad „ESTT taip pat paskatino proporcingumo testo taikymo administracinės diskrecijos sprendimams išplitimą Europoje, reikalaujant, kad nacionaliniai teismai įvertintų, ar pritaikyta administracinė priemonė lėmė teisių subjektui našta, kuri yra būtina ir proporcinga siekiamam tikslui“ (Kelemen, 2011, p. 47). A. S. Graellsas siūlo vadovautis *pagrįsto esamų aplinkybių objektyvaus įvertinimo* (angl. *reasonable objective assessment*) kategorija. Šio autoriaus nuomone, ESTT patvir-

⁷ Pavyzdžiui, žr. Europos Komisijos komunikatą Europos Parlamentui, Tarybai, Europos ekonomikos ir socialinių reikalų komitetui ir Regionų komitetui Elektroninių viešųjų pirkimų strategija, VPT Statybos darbų pirkimų gaires.

tino perkančiųjų organizacijų administracinę diskreciją tais atvejais, kai tai buvo objektyviai būtina (ESTT 2002 m. lapkričio 14 d. sprendimas). Todėl, jo nuomone, kiekvienu atveju turi būti vertinama, kokius padarinius lemia perkančiosios organizacijos priimti sprendimai įgyvendinant viešojo pirkimo procedūras. A. S. Graellsas laikosi nuostatos, kad, jeigu viešojo pirkimo procedūra (įskaitant pirkimo dokumentus ir pan.) riboja konkurenciją, turi būti taikoma *nuginčijama dirbtinio konkurencijos apribojimo prezumpcija*, kurią perkančioji organizacija galėtų paneigti, jeigu įrodytų, kad egzistuoja „objektyvios, teisėtos ir proporcingos priežastys, nulėmusios konkurenciją ribojančių priemonių pasirinkimą“ (Graells-Sanchez, 2019, p. 90). Taigi, teisės doktrinoje akcentuojama akivaizdi ir tiesioginė perkančiųjų organizacijų diskrecijos ir proporcingumo principo koreliacija (VPĮ 17 str.). Kitaip tariant, būtų teisinga teigti, kad perkančiosios organizacijos diskrecijos taikymą, t. y. jos atitinkamą pasirinkimą, tiesiogiai lemia ir jam turi įtakos proporcingumo principas. Taigi, neabejotinai galima teigti, kad proporcingumas, kaip principas ir viešųjų pirkimų savarankiškas matas, yra antrasis dėmuo, kuris dedamas į sumą kartu su konkurencijos skatinimo principu, kai sprendžiama dėl perkančiosios organizacijos diskrecijos ribų ir jos turinio.

Akcentas proporcingumo principui, kuriuo turi būti vadovujamasi, įgyvendinant perkančiųjų organizacijų diskreciją, ypač ryškus pastarojo meto ESTT praktikoje. Vertėtų paminėti, kad bendra šio principo reikšmė viešųjų pirkimų teisei ir jos normoms taikyti visada buvo Liuksemburgo teismo nuosekliai pabrėžiama jo plėtojamoje teismų praktikoje. Tokios bylos, pavyzdžiui, *Michaniki* (ESTT 2008 m. gruodžio 16 d. sprendimas), *Assitur* (ESTT 2009 m. gegužės 19 d. sprendimas) arba *Acoset* (ESTT 2009 m. spalio 15 d. sprendimas), šio teismo buvo sprendžiamos, *inter alia*, tiesiogiai remiantis proporcingumo principo gairėmis. Tačiau šios publikacijos kontekste aktuali naujausia ESTT praktika *Meca* (ESTT 2019 m. birželio 19 d. sprendimas), *Delta* (ESTT 2019 m. spalio 3 d. sprendimas) ir *Tim* (ESTT 2020 m. sausio 30 d. sprendimas) bylose. Šių bylų trilogija vienijama bendra teisine mintimi: perkančiosios organizacijos turi joms suteiktą vykdomąją diskreciją ir *privalo* ją panaudoti, pirma, jeigu tai atitinka proporcingumo principą (VPĮ 17 str.) ir, antra, nors to ESTT tiesiogiai nenurodė, tačiau implicitiškai išplaukia iš jo argumentacijos, – jeigu tai skirta konkurencijai skatinti per rinkos tiekėjams atvėrimą.

Meca byloje buvo sprendžiamas ES viešųjų pirkimų teisės (Direktyvos 2014/24 57 str. 4 d. c ir g punktai) aiškinimas ir taikymas situacijose, kai perkančioji organizacija nutraukia viešojo pirkimo sutartį su tiekėju dėl to, kad jam vykdant sutartį buvo padaryta daug trūkumų. Byloje kilo klausimas, ar tai, kad viena perkančioji organizacija priėmė sprendimą nutraukti viešojo pirkimo sutartį dėl didelių trūkumų ją vykdant, lemia, kad ta pati ar kita perkančioji organizacija, vykdanti naują (paskesni) viešąjį pirkimą, negali vertinti tiekėjo, su kuriuo anksčiau buvo nutraukta pirkimo sutartis, pasiūlymo. Pasisakydamas dėl esmės, ESTT, be kita ko, remdamasis ir generalinio advokato išvada, pirmiausia išryškino esminį elementą, saistantį perkančiąją organizaciją ir tiekėją, – *tiekėjo sąžiningumą ir patikimumą*. Teismas vadovavosi nuostata, kad viešojo pirkimo sutartis yra grindžiama fiduciariniu santykiu. Todėl jis Direktyvos 2014/24 57 straipsnio 4 dalies c ir g punktus bei 101 konstatuojamąją dalį aiškino kaip *a priori* įtvirtinančią kiekvienos perkančiosios organizacijos teisę pašalinti viešojo pirkimo dalyvį iš pirkimo procedūros, jeigu ji įvertina pirkimo dalyvį kaip nesąžiningą ir nepatikimą. Teismas nurodė, kad abu nagrinėjami tiekėjų pašalinimo pagrindai *grindžiami svarbiausiu sutartį sudariusio konkurso laimėtojo santykiu su perkančiąja organizacija veiksmu – laimėtojo patikimumu, kuriuo grindžiamas perkančiosios organizacijos pasitikėjimas juo. Tuo tikslu minėtos direktyvos 101 konstatuojamosios dalies pirmoje pastraipoje teigiama, kad perkančiosios organizacijos gali pašalinti „ekonominės veiklos vykdytoją[-us], kurie pasirodė esą nepatikimi“, o antroje pastraipoje atsižvelgiama į tai, kad vykdant ankstesnes viešojo pirkimo sutartis „buvo netinkamai elgiamasi ir dėl to kyla rimtų abejonių dėl to ekonominės veiklos vykdytojo patikimumo“* (ESTT 2019 m. birželio 19 d. sprendimas). Kaip matyti iš

ESTT motyvų, jis, viena vertus, akcentuoja *tiekėjo patikimumą* ir perkančiosios organizacijos galimybę pasitikėti tiekėju, kad jis tinkamai ir visiškai įvykdys viešojo pirkimo sutartį. Kita vertus, ESTT cituoja Direktyvos 2014/24101 konstatuojamosios dalies nuostatą, kurioje teigiama, kad perkančiosios organizacijos gali pašalinti ekonominės veiklos vykdytojus, kurie pasirodė esą nepatikimi, kas, autoriaus nuomone, reiškia, kad ESTT akcentuoja perkančiųjų organizacijų teisę *savarankiškai* nuspręsti dėl viešojo pirkimo dalyvio patikimumo. Šią išvadą sustiprina tolesnis teismo teiginys, kad *jei perkančioji organizacija būtų automatiškai saistoma trečiosios šalies atlikto vertinimo, jai tikriausiai būtų sunku, taikant neprivalomus pašalinimo pagrindus, skirti ypatingą dėmesį proporcingumo principui* (ESTT 2019 m. birželio 19 d. sprendimas).

Įvertinant ESTT motyvus *Meca* bylos faktinių aplinkybių kontekste, matyti, kad teismas yra tos nuomonės, kad perkančioji organizacija turi teisę (arba atitinkamais atvejais – pareigą) savarankiškai nuspręsti, ar konkrečiai jos vykdomame pirkime dalyvaujantis tiekėjas yra patikimas ir neturi būti pašalintas iš viešojo pirkimo procedūrų. Kitaip tariant, Liuksemburgo teismas įgalina perkančiąsias organizacijas visų pirma nesuabsoliutinti anksčiau tiekėjo vykdytų viešojo pirkimo sutarčių ir jo teisinių santykių su kitomis perkančiosiomis organizacijomis. ESTT sudaro sąlygas vertinti *konkretaus* tiekėjo patikimumą *konkrečioje* situacijoje *ad hoc* principu *savarankiškai*. Pažymėtina, kad *Meca* byloje analizuota situacija, kai viešojo pirkimo dalyvio pirkimo sutarčių vykdymo istorija vertinama tarp skirtingų perkančiųjų organizacijų (t. y. esama perkančioji organizacija vertina faktus, kurie atsirado dalyviui vykdant sutartį kitam viešajam pirkėjui). Todėl gali kilti klausimas, ar *Meca* bylos *ratio* turėtų būti taikomas ir tais atvejais, kai perkančiosios organizacijos viešajame pirkime dalyvauja tiekėjas, kuris anksčiau buvo pažeidęs viešojo pirkimo sutartį, kuri buvo vykdoma pirkimą organizuojančiam viešajam pirkėjui. Publikacijos autoriaus nuomone, nėra tokių svarių ir (arba) pagrįstų argumentų, dėl kurių *Meca* byloje suformuota teisės aiškinimo ir taikymo taisyklė negalėtų būti taikoma tais atvejais, kai ta pati organizacija buvo ir nutraukusi viešojo pirkimo sutartį su tiekėju, ir tuo pačiu organizuoja naują pirkimą, kurio metu turi būti iš naujo įvertintas tiekėjo patikimumas. Antra, taikant Direktyvos 2014/24 57 straipsnio 4 dalies c ir g punktus, turi būti skirtas ne bet koks, o *ypatingas* dėmesys proporcingumo principui. Kontekstinis *Meca* bylos sprendimo vertinimas leidžia teigti, kad proporcingumo principo taikymas tokiais atvejais yra labiau ne galimas, bet privalomas. Taigi, nors *Meca* byla iliustruoja perkančiosios organizacijos diskrecijos teisėtumą ir jos taikymo galimybę, pastaruoju aspektu viešojo pirkėjo teisė yra ribojama, t. y. tokiais atvejais perkančiajai organizacijai draudžiama nesivadovauti proporcingumo principu. Tai reiškia, kad, jeigu perkančiosios organizacijos privalo vadovautis proporcingumo principu, vertindamos tiekėjo patikimumą (VPĮ 46 str. 4 d. 6 ir 7 punktai), tiekėjas atitinkamai turi teisę reikalauti, kad jos vadovautųsi šiuo standartu.

Delta byla yra pirmtakės *Meca* bylos tęsinys. Šioje byloje buvo sprendžiama galimybė pašalinti iš viešojo pirkimo procedūrų konsorciumą, kuriame buvo bendrovė *Delta*, su kurios ankstesniu konsorciumu buvo nutraukta viešojo pirkimo sutartis dėl to, kad konsorciumas, vykdydamas sutartį, pasitelkė subrangovą, nenurodytą konsorciumo pasiūlyme, kai jis dalyvavo viešojo pirkimo procedūroje. ESTT rėmėsi *Meca* byloje suformuluotomis ES viešųjų pirkimų teisės aiškinimo taisyklėmis. Teismas nurodė, kad perkančiosios organizacijos ir viešojo pirkimo laimėtojo pasitikėjimo santykių užmezgimas reiškia, kad perkančioji organizacija neturi būti automatiškai saistoma kitos perkančiosios organizacijos atlikto vertinimo per ankstesnį viešąjį pirkimą. Teismas taip pat konstatavo, kad tai vėl lemia poreikis ypatingą dėmesį skirti proporcingumo principui, taikant neprivalomuosius pašalinimo pagrindus. Teismas pakartojo, kad perkančioji organizacija turi pati įvertinti ekonominės veiklos vykdytojo, su kuriuo buvo nutraukta ankstesnė viešojo pirkimo sutartis, elgesį, t. y. jai suteikiama teisė retrospektyviai verifikuoti jos pirkime dalyvaujančio tiekėjo elgesį ir patikimumą. Teismas tęsė, kad šiuo atžvilgiu, remdamasi

visomis reikšmingomis aplinkybėmis, visų pirma sprendimu nutraukti sutartį ir proporcingumo principu, ji turi rūpestingai ir nešališkai išnagrinėti, ar šis ekonominės veiklos vykdytojas, jos nuomone, atsakingas už didelius ar nuolatinius trūkumus, padarytus vykdant šioje sutartyje jam numatytą esminį reikalavimą, dėl kurių gali nutrūkti pasitikėjimo atitinkamu ūkio subjektu santykiai. Pažymėtina tai, kad Liuksemburgo teismas buvo tos nuomonės, kad tokiais atvejais perkančiosioms organizacijoms turėtų būti aktualūs ir buvusios situacijos faktiniai duomenys. Pavyzdžiui, ESTT nurodė, kad jo nagrinėjamu atveju būtų svarbu vertinti, ar pirkimo dokumentai sutartį vykdančiam kontrahentui draudė pasitelkti naują subrangovą. Teismas taip pat paminėjo, kad svarbi aplinkybė turėtų būti, ar subrangovo pasitelkimas lėmė esminį viešojo pirkimo sutarties pažeidimą, t. y. ar prievolės vykdymas buvo *intuitu personae* (šiuo atveju to nebuvo) ir ar faktiškai naujo subrangovo pasitelkimas, nors ir neteisėtas (t. y. sutarties pažeidimas), bet lėmė realius nuostolius. Taigi, iš *Delta* byloje pateiktų ESTT motyvų matyti, kad teismas ne tik pakartoja savo nuostatą dėl ypatingo dėmesio proporcingumo principui skyrimo, bet ir tiesiogiai leidžia perkančiųjų organizacijų diskreciją, kiek tai susiję su viešojo pirkimo dalyvio praeities faktų autentišku, t. y. pačios perkančiosios organizacijos atliekamu, vertinimu. Matyti, kad teismas ragina viešuosius pirkėjus savarankiškai spręsti, ar kitų perkančiųjų organizacijų (galimai net ir tos pačios organizacijos), pirma, praeities faktų teisinis kvalifikavimas buvo teisingas (t. y. kad buvo padarytas esminis pažeidimas) ir, antra, net jeigu ir teisingas, ar tokie faktai pateisina rinkos tokiam tiekėjui apribojimą ir nepasitikėjimą tokiu tiekėju konkrečiu, nauju atveju. Pažymėtina, kad pastarasis aspektas yra ypač svarbus tada, kai tiekėjo veiksmų teisinis kvalifikavimas buvo padarytas ne tik perkančiosios organizacijos, bet ir teismo. Pavyzdžiui, tuo atveju, jeigu viešojo pirkimo sutarties esminis pažeidimas buvo pripažintas teismo (net ir nenutraukiant viešojo pirkimo sutarties, VPI 46 str. 4 d. 6 p.), teisiniu požiūriu būtų neteisinga (neteisėta) situacija, jeigu ją vėliau perkančioji organizacija perkvalifikuotų ir laikytų, kad faktų, kuriuos nustatė ir patvirtino teismas, nėra. Tačiau, autoriaus nuomone, pagal *Meca* ir *Delta* bylose suformuotas teisės aiškinimo taisykles būtent tokiu atveju visa apimtimi turi būti įgyvendinamas proporcingumo principas ir perkančioji organizacija, remdamasi šiuo principu, turi teisę (ir pareigą) nuspręsti, kad jos vykdomo konkretaus viešojo pirkimo atveju yra neproporcinga pripažinti, jog tiekėjo padaryti praeities sutartinių įsipareigojimų pažeidimai yra tokie reikšmingi, kad dėl jų turi būti apribota tiekėjo teisė dalyvauti viešojo pirkimo procedūroje. Kitaip tariant, aptariamam atveju teismo išvados būtų aktualios retrospektyviai, o perkančiosios organizacijos – ateičiai. Galiausiai svarbu paminėti, kad ESTT proporcingumo principo taikymą siejo su tiekėjo reabilitacija (Plačiau žr. Soloveičikas, 2012). Tai reiškia, kad pastebimas glaudus proporcingumo principo ir tiekėjo apšalymo (angl. *self-cleaning*) ryšys, t. y. tiekėjo galimybių nurodyti taisomasias priemones, kurių jis ėmėsi ir kuriomis grindžia savo patikimumą, ir kurias perkančioji organizacija privalo įvertinti.

Tim byla yra naujausias pavyzdys, kuriuo pratęsiamą *Meca* ir *Delta* bylų teisinė mintis. Šioje byloje susiklostė situacija, kurioje viešojo pirkimo dalyvė (bendrovė „Tim“) pateikė pasiūlymą, jame nurodžiusi tris subrangovus, kuriuos ketino pasitelkti, jei su ja būtų sudaryta pirkimo sutartis. Vykstant procedūrai, perkančioji organizacija konstatavo, kad vienas iš dalyvio pasiūlyme nurodytų subrangovų neatitinka tiekėjams keliamų reikalavimų. Kai viešojo pirkimo dalyvis buvo pašalintas iš pirkimo, bendrovė įrodinėjo, kad toks sprendimas yra neteisėtas, kadangi, viena vertus, kitų subrangovų būtų pakakę kvalifikacijos reikalavimams įvykdyti, kita vertus, bendrovės nuomone, teisinis reguliavimas leido jai pakeisti netinkamą subrangovą tinkamu. Pagrindinis klausimas, keltas byloje, buvo susijęs su tuo, ar ES valstybė narė gali reglamentuoti perkančiajai organizacijai pareigą pašalinti viešojo pirkimo dalyvį iš pirkimo procedūrų, kai ji nustato, kad vienas iš jos nurodytų subrangovų neatitinka tiekėjams nustatytų reikalavimų. ESTT į šį klausimą atsakė teigiamai, nurodė, kad ES valstybės narės turi teisėkūros diskreciją dėl neprivalomų pašalinimo pagrindų reglamentavimo ir todėl turi teisę nu-

matyti tokią perkančiųjų organizacijų teisę (pareigą). Tačiau teismas konstatavo, kad, nepaisant tokio nacionalinio teisinio reguliavimo, draudžiama bet kokia nacionalinė teisės norma, kuri tokiais atvejais įgalintų perkančiąją organizaciją pašalinti tiekėją iš pirkimo procedūrų automatiškai, nes tai neatitiktų proporcingumo principo.

Taigi, *Meca, Delta* ir *Tim* trilogija iliustruoja kelis svarbius momentus. Pirma, šiose bylose formuojamomis teisės aiškinimo taisyklėmis akcentuojamas proaktyvus perkančiosios organizacijos vaidmuo, vertinant, Lietuvos teisės požiūriu, VPI 46 straipsnio 4 dalies 6 ir 7 punktų taikymo sąlygas. Antra, šiais atvejais perkančiosios organizacijos įgalinamos veikti ir savarankiškai nuspręsti dėl tiekėjo patikimumo⁸. Trečia, minėtų VPI nuostatų taikymas neįmanomas be proporcingumo principo (VPI 17 str.) sisteminio taikymo, derinant jį su tiekėjų rehabilitacijos viešuosiuose pirkimuose doktrina. Ketvirta, perkančiųjų organizacijų diskrecija aptariamais atvejais turi būti siekiama didinti konkurenciją viešuosiuose pirkimuose. Kitaip tariant, ESTT tokią perkančiųjų organizacijų veikimo laisvę pateisina ne apskritai, o būtent konkurencijos skatinimo tikslais. Galiausiai svarbu paminėti, kad aptariama perkančiųjų organizacijų diskrecija, kaip matyti iš pateiktų ir išanalizuotų pavyzdžių, pirmiausia įgyvendinama viešojo pirkimo procedūrų metu, nors, kaip bus analizuojama toliau, autorius yra tos nuomonės, kad tapatus viešųjų pirkėjų laisvės veikti savo nuožiūra standartas taikytinas ir *post* pirkimo stadijai, t. y. vykdant viešojo pirkimo sutartis.

2. Viešojo pirkimo sutarties nutraukimas dėl tiekėjo padaryto esminio jos pažeidimo: diskrecijos ribos

Ilgą laiką viešojo pirkimo sutarties vykdymo stadija nebuvo viešųjų pirkimų teisės reguliavimo objektas. Iki 2014 m. ES viešųjų pirkimų teisės reformos ir atitinkamai jos įgyvendinimo Lietuvoje 2017 m. VPI nebuvo nuostatų, tiesiogiai reglamentuojančių teisinius santykius, susijusius su sutarties vykdymu. Iš principo ši viešųjų pirkimų (plačiąja prasme) stadija buvo priskiriama viešųjų pirkimų principų teisinio poveikio sričiai, daugiausia dėmesio skiriant draudimui keisti viešojo pirkimo sutartis (ESTT 2004 m. balandžio 29 d. sprendimas; 2008 m. birželio 19 d. sprendimas; 2016 m. rugsėjo 7 d. sprendimas). Atitinkamai buvo formuojama ir teismų praktika, pagal kurią, VPI yra *lex specialis* ir skirtas tiesiogiai viešojo pirkimo procesui reguliuoti (LAT 2016 m. kovo 30 d. nutartis civilinėje byloje). O civiliniai sutartiniai santykiai, nors ir kyla iš viešojo pirkimo sutarties, bendrąja tvarka reglamentuojami Civilinio kodekso. Tokioms ir panašioms situacijoms Lietuvos kasacinis teismas išplėtojo VPI ir kitų teisės aktų subsidiaraus taikymo taisyklę, pagal kurią, tais atvejais, kai atitinkamas teisinis santykis (pavyzdžiui, tam tikrų rūšių prievolės) yra įtvirtintas kituose teisės aktuose, perkančioji organizacija privalo jo laikytis, objektyviai negalėdama pateisinti nukrypimo nuo imperatyviųjų teisės normų (pavyzdžiui, Civilinio kodekso) (LAT 2013 m. lapkričio 21 d. nutartis civilinėje byloje). LAT yra išaiškinęs, kad „atsižvelgiant į tai, kad viešųjų pirkimų teisiniai santykiai reguliuojami specialiojo įstatymo, Civilinio kodekso, Civilinio proceso kodekso ir kitų teisės aktų nuostatos turi būti taikomos subsidiariai specialiųjų viešųjų pirkimų teisės normų atžvilgiu. Civilinio kodekso, Civilinio proceso kodekso ir kitų teisės aktų nuostatų subsidiarus taikymas

⁸ Pažymėtina, kad ESTT formuojama teismų praktika *Meca* ir *Delta* bylose dėl perkančiųjų organizacijų diskrecijos savarankiškai vertinti pirkimo aplinkybes atkreipė ir Lietuvos kasacinio teismo dėmesį. Vienoje iš savo nutarčių nacionalinis kasacinis teismas kreipėsi į ESTT, siekdamas išsiaiškinti, ar vietos teismams suteikiama teisė *ex officio* įsiterpti į tiekėjų pasiūlymo vertinimą ir pripažinti pasiūlymo duomenis melagingais, jeigu perkančioji organizacija dėl to nekėlė klausimo pirkimo procedūrų metu. Teismas suabejojo, ar jis turi tokią teisę po to, kai aptartose ESTT bylose Liuksemburgo teismas akcentavo perkančiosios organizacijos ir tik jos teisę nutarti dėl tiekėjo patikimumo (žr. LAT 2019 m. gruodžio 17 d. nutartį civilinėje byloje Nr. e3K-3-384-916/2019).

VPI pirmumo naudai pasireiškia tuo, kad pirmiausia reikia taikyti galiojančias VPI nuostatas, o visos kitos teisės normos taikytinos tais atvejais, kai VPI nereguliuoja atitinkamo klausimo (pvz., informacijos kvalifikavimas konfidencialia: Civilinio kodekso 1.116 straipsnis) arba VPI normose įtvirtintos blanketinės nuostatos. Atkreiptinas dėmesys į tai, kad toks VPI ir kitų teisės aktų, ypač Civilinio kodekso, santykis aktualus ne tik viešojo pirkimo procedūrų metu, bet ir sudarius sutartį (pvz., atsiskaitymo pagal viešojo pirkimo sutartį tvarka: Mokėjimų, atliekamų pagal komercines sutartis, vėlavimo prevencijos įstatymas). VPI reguliuojami tam tikri viešojo pirkimo sutarties šalių teisinių santykių aspektai (pvz., sutarties keičimas, papildomų darbų įsigijimas ar kt.), kuriems aktualūs iš viešųjų pirkimų principų turinio kylantys ribojimai“ (LAT 2013 m. balandžio 3 d. Viešųjų pirkimų reglamentavimo ir teismų praktikos apžvalga).

Taigi, šiuo metu be VPI 1 straipsnio 2 dalies nuostatos, kur teigiama, kad šiuo įstatymu, be kita ko, reglamentuojamas ir viešojo pirkimo-pardavimo sutarčių vykdymas, įstatyme yra 89 ir 90 straipsniai, kuriuose detalizuojami konkretūs viešojo pirkimo sutarčių vykdymo aspektai. Šios publikacijos kontekste iš dalies yra aktualus VPI 90 straipsnis, kuriame reglamentuojamas viešojo pirkimo sutarties nutraukimas. Pažymėtina, kad šiame straipsnyje pirmiausia numatytos viešojo pirkimo sutarties nutraukimo sąlygos tais atvejais, kai yra identifikuojami viešojo pirkimo, kurio pagrindu buvo sudaryta pirkimo sutartis, teisiniai defektai (Plačiau apie tai žr. Simovart, 2018; Halonen, 2017). VPI 90 straipsnio 3 dalyje įtvirtinta blanketinė teisės norma, kurioje nustatyta, kad pirkimo sutartis, preliminarioji sutartis ar sutartis, kuria keičiama pirkimo sutartis ar preliminarioji sutartis, gali būti nutraukta ir sutartyje nurodytais atvejais bei kitais negu šio straipsnio 1 dalyje nurodytais ir Civiliniame kodekse nustatytais atvejais ir tvarka. Taigi, VPI 93 straipsnyje nereglamentuojamas viešojo pirkimo sutarties vienašalis nutraukimas dėl esminio jos pažeidimo, kaip perkančiosios organizacijos teisių gynimo priemonė, ir yra paliekama ši teisinį santykį reguliuoti Civilinio kodekso nuostatoms. Vadinasi, įgyvendindama minėtą VPI ir kitų teisės aktų subsidiaraus taikymo taisyklę, perkančioji organizacija, siekdama vienašališkai nutraukti viešojo pirkimo sutartį dėl esminio jos pažeidimo, turi vadovautis Civilinio kodekso 6.217 straipsniu ir viešojo pirkimo sutarties nuostatomis.

Teismų Civilinio kodekso 6.217 straipsnio taikymo praktika yra gausi. Kasacinis teismas ne kartą yra nurodęs, kad „vienašališkas sutarties nutraukimo institutas yra išimtis iš *favor contractus* principo. Visais atvejais, kai viena iš šalių nesutinka, kad sutarties pažeidimas buvo esminis, leidžiantis ją vienašališkai nutraukti, teismas patikrina sutarties nutraukimo teisėtumą. Sutarties šalims įstatymas leidžia susitarti dėl galimybės vienašališkai nutraukti sutartį joje nustatytais sąlygomis, jeigu jos neprieštarauja imperatyviosioms teisės normoms (Civilinio kodekso 6.217 straipsnio 5 dalis). Pagal Civilinio kodekso 6.217 straipsnį sutarties pažeidimas gali būti laikomas esminiu dviem pagrindais: pirma, pažeidimas gali būti laikomas esminiu pagal įstatymą; antra, šalys gali pačios susitarti, ką jos laikys esminiu pažeidimu“ (LAT 2013 m. gegužės 16 d. nutartis civilinėje byloje). LAT taip pat laikosi nuostatos, kad sutarties dėl esminio pažeidimo „nutraukimo pagrindai turi būti realūs, jų tikrumas įrodytas, ir jie turėtų reikšti, kad sutarties tolesnis galiojimas sukeltų nukentėjusiai šaliai sutarties sudarymo metu nenumatytus turinio ar asmeninio pobūdžio didelius praradimus. Vien tik formalus sutarties esminių nuostatų pažeidimas, jeigu neatsiranda neigiamų pasekmių (žalos) nukentėjusiai šaliai, paprastai leidžia daryti išvadą, kad esminio sutarties pažeidimo nebuvo, o nukentėjusios šalies rėmimasis tokia aplinkybe vienašališkai nutraukiant sutartį reiškia bandymą įrodyti tariamą ar apsimestinį sutarties nutraukimo pagrindą. Vienašalis sutarties nutraukimas kaip nukentėjusios šalies interesų savigynos priemonė įstatymų leidėjo yra įtvirtintas ir laikomas adekvačia reakcija į sutartį pažeidusios šalies elgesį, pasireiškusį esminiu sutarties pažeidimu“ (LAT 2014 m. kovo 14 d. nutartis civilinėje byloje). Kasacinis teismas nuosekliai akcentuoja, kad turi būti vertinamas atotrūkis tarp sutarties neįvykdymo ir pažadėto vykdymo: kuo jis didesnis, tuo didesnė tikimybė, kad sutarties neįvykdymas esant ginčui bus pripažintas esminiu. Lietuvos teismų praktikoje laikomasi nuostatos, kad kiekvienu

atveju sutarties pažeidimą pripažįstant esminiu turi būti įvertinta, ar nukentėjusios šalies interesai dėl tokio pažeidimo buvo iš esmės suvaržyti, nes esminį sutarties pažeidimą nulemia tai, ar nukentėjusi šalis negavo didžiosios dalies to, ką pagal sutartį per visą jos terminą pagrįstai tikėjosi gauti, taip pat ar nukentėjusios šalies teisėti, pagrįsti lūkesčiai dėl numatytų sutarties vykdymo rezultatų lieka neįgyvendinti vien dėl sutartį pažeidusio kontrahento veiksmų ar dėl kitų priežasčių (LAT 2009 m. birželio 26 d. nutartis civilinėje byloje; 2012 m. gegužės 8 d. nutartis civilinėje byloje; 2017 m. vasario 22 d. nutartis civilinėje byloje; 2018 m. spalio 26 d. nutartis civilinėje byloje).

Nekyla abejonių, kad nurodytos Civilinio kodekso 6.217 straipsnio aiškinimo taisyklės taikomos ir viešojo pirkimo sutartims. Kitaip tariant, šiuo požiūriu pastarosios sutartys nėra išskirtinės: tam, kad perkančioji organizacija pasinaudotų savo teise nutraukti viešojo pirkimo sutartį dėl jos kontrahento padaryto esminio sutarties pažeidimo, turi egzistuoti visos pirmiau nurodytos teisinės sąlygos. Tačiau, autorius vertinimu, tai yra tik pirmoji testo, kuris indikuoja apie vienašalio sutarties nutraukimo dėl jos esminio pažeidimo taikymo galimybę, dalis. Tam, kad perkančioji organizacija galėtų pasinaudoti šia savo teisių gynimo priemone, turi būti vertinamos šios publikacijos pirmoje dalyje išanalizuotos bendrosios perkančiosios organizacijos diskrecijos įgyvendinimo sąlygos. Kitaip tariant, vienašalis sutarties nutraukimas perkančiosios organizacijos iniciatyva, net ir esant esminiam jos pažeidimui, negali būti įgyvendinamas mechaniškai, neįvertinus, pirma, kaip toks vienašalis sutarties nutraukimas turės įtakos konkurencinei aplinkai po sutarties nutraukimo, ir, antra, ar toks sutarties nutraukimas yra proporcingas ne tik perkančiajai organizacijai, kaip nukentėjusiajai šaliai, bet ir tiekėjui, jo teisėms ir teisėtiems interesams. Bendrųjų perkančiosios organizacijos diskrecijos sąlygų vertinimo, vienašališkai nutraukiant viešojo pirkimo sutartį dėl esminio jos pažeidimo, būtinumas pirmiausia yra grindžiamas tuo, kad, skirtingai nei kasdieniais atvejais, kai yra nutraukiama civilinė sutartis tarp šalių, nutraukus viešojo pirkimo sutartį, yra galimi išliekamieji itin neigiami padariniai tiek pačiai rinkai, tiek ir tiekėjui. Pavyzdžiui, pagal VPI 46 straipsnio 4 dalies 6 punktą tiekėjas turi būti pašalinamas iš viešojo pirkimo, jeigu per pastaruosius trejus metus su juo buvo nutraukta viešojo pirkimo sutartis dėl esminio jos pažeidimo. Tai reiškia, kad tokiame tiekėjui esant diskvalifikuotam iš viešųjų pirkimų rinkos trejiems metams, viena vertus, tokios rinkos konkurencingumas gali labai susilpnėti (pavyzdžiui, esant oligopolijai) arba visiškai išnykti (pavyzdžiui, esant monopolijai), kita vertus, tai gali būti pražūtinga pačiam tiekėjui, kadangi jis gali prarasti rinką ir dėl to netekti reikšmingos dalies savo pajamų bei veiklos. Abiem atvejais yra daroma žala viešajam interesui, nes viešųjų pirkimų sistema tuo bus efektyvesnė, kuo didesnis rinkos konkurencingumas. Būtent todėl, sprendžiant dėl vienašalio sutarties nutraukimo esant esminiam pažeidimui perkančiosios organizacijos iniciatyva, turi būti vadovaujama ne tik Civilinio kodekso 6.217 straipsnio ir viešojo pirkimo sutarties nuostatomis, bet ir sistemaiškai taikomos VPI 17 straipsnio teisės normos, remiamasi proporcingumo principu ir, kaip nurodoma anksčiau išanalizuotoje ESTT praktikoje, jam turi būti skiriamas ypatingas dėmesys. Autoriaus nuomone, viešojo pirkimo sutarčiai nutraukti dėl esminio jos pažeidimo *mutatis mutandis* galėtų būti vadovaujama kriterijais, kurie taikomi, pašalinant tiekėją iš viešojo pirkimo procedūros dėl praeityje jo padaryto esminio sutarties pažeidimo (VPI 46 str. 4 d. 6 p., Direktyvos 2014/24 57 str. 4 d. g pp.). Dėl šio teisinio pagrindo taikymo teisės literatūroje teisingai akcentuojama, kad ne bet koks viešojo pirkimo sutarties pažeidimas arba neigiama perkančiosios organizacijos patirtis lemia nurodyto teisinio pagrindo taikymo galimybę. Teisės doktrinoje laikomasi nuomonės, kad tik esminiai sutarties pažeidimai, dėl kurių prarandamas pasitikėjimas tiekėju, kaip rūpestinga, atidžia ir galinčia visiškai bei tinkamai įvykdyti viešojo pirkimo sutartį šalimi, yra pagrindas eliminuoti tiekėją iš viešojo pirkimo proceso (Carina Risvig Hamer, 2020, p. 47). Taigi, viešojo pirkimo sutarties nutraukimas dėl esminio jos pažeidimo, atsižvelgiant į sutarties viešą pobūdį, turėtų būti taikomas tik tada, kai pažeidimas yra

ne tik esminis *per se*, bet kai tuo pačiu yra prarandamas realus pasitikėjimas kontrahento gebėjimu ir galimybė įvykdyti viešojo pirkimo sutartį. Aptariamais atvejais taip pat turi būti vertinama, ar padarytas pažeidimas turėjo įtakos *esminėms* prievolėms (pareigoms) pagal sutartį nevykdyti arba netinkamai įvykdyti. Pavyzdžiui, jeigu viešojo darbų pirkimo sutarties atveju užsakovas (perkančioji organizacija) gavo rangos darbų rezultata, tačiau pavėlavus 8 kalendorines dienas iš pusės metų termino ir termino pabaiga nebuvo susieta su esminiu įvykiu ar pan., nebūtų proporcinga manyti, kad toks vėlavimas, kai darbų kokybė tinkama ir sutartis visiškai įvykdyta, turėtų lemti viešojo pirkimo sutarties nutraukimą dėl esminio jos pažeidimo. Kita vertus, generalinis advokatas minėtoje *Delta* byloje pažymėjo, kad esminiu viešojo pirkimo sutarties trūkumu gali būti ir pasikartojantis „formalusis“ netinkamas sutarties vykdymas, t. y. daugkartiniai „formalūs“ sutarties pažeidimai (generalinio advokato Manuel Campos Sanchez-Bordona 2019 m. gegužės 8 d. išvada). Su šia nuomone galima sutikti, nes viešojo pirkimo sutarties pažeidimams kartojantis prarandamas pasitikėjimas sandorio kontrahentu. Tačiau, autoriaus nuomone, perkančioji organizacija negali piktnaudžiauti tokia situacija ir realiai turi įrodyti, kad tiekėjas *konkrečioje situacijoje* prarado patikimumą, kas suponuoja esminio sutarties pažeidimo buvimą.

Praktikoje pasitaiko daug atvejų, kai perkančiosios organizacijos lanksčiai, kartais net dirbtinai taiko Civilinio kodekso 6.217 straipsnį ir pasinaudoja savo teise nutraukti viešojo pirkimo sutartį dėl esminio pažeidimo. Dėl tokios situacijos tiekėjai vėliau susiduria su sunkumais, kadangi patenka į nepatikimų tiekėjų sąrašą ir nebegali trejus metus dalyvauti viešuosiuose pirkimuose. Daugelis iš tokių situacijų, kai yra nutraukiamos viešojo pirkimo sutartys, nesuderinamos su proporcingumo principu, t. y. sutarties nutraukimas nebuvo vienintelė galima ginčo sprendimo ir teisių gynimo priemonė. Kita vertus, tiekėjo diskvalifikavimas iš viešųjų pirkimų rinkos trejiems metams tokiais atvejais yra drakoniškas padarinys, palyginti su tariamai neįvykdyta ar tinkamai nevykdyta viešojo pirkimo sutartimi, jos esmė, vertė, objektu ir bendra tiekėjo veikla, jo apyvarta ir patirtimi, vykdamas tokio pobūdžio sutartis. Viena iš tokių situacijų buvo nagrinėjama Lietuvos teismų *Nacionalinio bilietų platintojo* byloje (Lietuvos apeliacinio teismo 2020 m. sausio 30 d. sprendimas civilinėje byloje, byla nenagrinėta kasacine tvarka). Ši byla, jos aplinkybės, autoriaus nuomone, visų pirma puikiai iliustruoja minėtą kritikuotiną vyraujančią praktiką, kai perkančiosios organizacijos itin lanksčiai (galimai per lanksčiai) taiko Civilinio kodekso 6.217 straipsnį ir pasinaudoja savo teise nutraukti viešojo pirkimo sutartį dėl esminio pažeidimo, papildomai neanalizuojant ir nevertinant konkretaus atvejo esminių aplinkybių. Antra, nurodyta byla taip pat yra reikšminga, vertinant viešojo pirkimo sutarties esminio pažeidimo požymius, nustatant ribą, kur yra tiekėjų teisių įgyvendinimas, o kur – piktnaudžiavimas jomis, kas gali lemti tokio elgesio pripažinimą esminiu viešojo pirkimo sutarties pažeidimu. Būtent todėl autorius toliau pateikia detalesnę šios bylos analizę, t. y. faktines aplinkybes, Lietuvos apeliacinio teismo argumentus ir motyvus, atitinkamai susijusias autoriaus išvalgas ir (ar) kritiką. Šioje byloje buvo sprendžiamas teisminis ginčas, kilęs iš viešojo paslaugų pirkimo–pardavimo sutarties. Ši sutartis šalių buvo sudaryta 2017 metais. Beveik po metų paslaugų teikimo šalys pradėjo tarpusavyje keistis pretenzijomis ir atsakymais į jas. Šalių tarpusavio susirašinėjimas vyko dar papildomus metus. Per šį laiką ginčo viešojo pirkimo–pardavimo sutartis buvo toliau vykdoma. Perkančiosios organizacijos pretenzijos tiekėjui buvo dėl kelių pagrindų. Viešasis pirkėjas teigė, kad paslaugos, kurios buvo teiktos praecityje, nebuvo tinkamos kokybės (sutriko bilietų prekybos sistemos veikimas I val., nebuvo pateikiamos išsamios išsklotinės apie bilietų į konkrečią parodą įsigijimą ir pan.) ir buvo renkami papildomi mokesčiai iš bilietų pirkėjų, nors viešojo pirkimo sutartis buvo fiksuotos maksimalios galutinės kainos sutartis. Atsakydamas į perkančiosios organizacijos pretenzijas, tiekėjas iš esmės vadovavosi keliais pagrindiniais argumentais. Jis teigė, kad nurodytų pažeidimų dėl kokybės negalima laikyti pažeidimais arba bent jau esminiais sutarties pažeidimais. Tiekėjas akcentavo, kad iki pranešimo apie sutarties nutraukimą jau

du trečdaliai sutarties buvo įvykdyti. Be to, viešojo pirkimo sutartis buvo vykdoma toliau, t. y. tiekėjas akcentavo, kad viešasis pirkėjas gavo pagal sutartį tai, kas buvo sutarta ir ko pirkėjas pagrįstai tikėjosi. Todėl tiekėjas teigė, kad bet kuriuo atveju sutartis turi būti išsaugota likusiam trečdaliui jos termino, kadangi tai atitiktų *favor contractus* principą. Be to, tiekėjas akcentavo, kad jis visą laiką bendradarbiavo su perkančiąja organizacija (ši aplinkybė buvo nustatyta byloje). Jis aktyviai reagojo į teikiamas pretenzijas, sprendė susidariusias problemas, tiekėjo vertinimu, pagrįstais atvejais operatyviai šalino sutarties pažeidimus. Taigi, tiekėjas įrodinėjo nebuvęs abejingas savo kontrahentui ir kiek įmanoma su juo bendradarbiavo, kas atitinka rūpestingos ir atidžios sutarties šalies standartą. Dėl papildomų mokesčių rinkimo galimybės šalys nesutarė iš principo. Perkančioji organizacija laikėsi nuostatos, kad tiekėjas sutarties galiojimo metu neturėjo teisės rinkti jokio papildomo mokesčio. Tiekėjas įrodinėjo galintis rinkti papildomą mokesť tik tuo atveju, jeigu tai yra mokesťis už *papildomas* paslaugas, kurias *savo noru* nusprendžia įsigyti bilietų pirkėjai iš tiekėjo. Kitaip tariant, šalių ginčas, *inter alia*, kilo dėl to, ar tiekėjas *turi teisę* per viešojo pirkimo sutartį pasiekti didesnę rinkos dalį, t. y. ar tiekėjui leidžiama pasinaudoti viešojo pirkimo sutartimi kaip tramplinu į rinką. Perkančioji organizacija teigė, kad tokia teisė *per se* negali egzistuoti, kadangi tai prieštarautų VPĮ 17 straipsnyje reglamentuojamiems viešųjų pirkimų principams. Viešojo pirkėjo nuomone, kiti tiekėjai nebūtų žinoję apie tokią galimybę, todėl tokios veikimo laisvės toleravimas reikštų, kad tiekėjas – sutarties šalis šiuo atveju yra geresnėje padėtyje, palyginti su kitais tiekėjais, esančiais rinkoje. Savo ruožtu tiekėjas buvo ekstremaliai priešingos nuomonės: jis teigė, kad viešojo pirkimo sutartis negali paneigti dispozityvumo principo tiek, kiek tai neprieštaruoja viešojo pirkimo dokumentams ir viešojo pirkimo sutarties esmei. Tiekėjas įrodinėjo, kad nei pirkimo dokumentai, nei viešojo pirkimo sutartis, nei jos esmė nedraudė tiekėjui susikurti sau papildomą rinką per viešojo pirkimo sutartį, t. y. ją pasiekti, jeigu tretieji asmenys, šiuo atveju – bilietų pirkėjai, patys pageidauja įsigyti papildomų paslaugų.

Pirmosios instancijos teismas palaikė tiekėją, t. y. pripažino, kad viešojo pirkimo sutartis vienašališkai nutraukta neteisėtai. Dėl paslaugų kokybės vertinimo pirmosios instancijos teismas, vėliau šį vertinimą palaikė ir Lietuvos apeliacinis teismas, buvo tos nuomonės, kad kokybės trūkumai buvo mažareikšmiai, t. y. neatitiko esminio sutarties pažeidimo požymių. Pirmosios instancijos teismo vertinimu, dėl įvykusių viešojo pirkimo sutarties vykdymo sutrikimų nėra pagrindo konstatuoti tiekėjo tyčios arba didelio neatsargumo. Pirmosios instancijos teismas, vertindamas kitą grupę aplinkybių, su kuriomis perkančioji organizacija siejo sutarties nutraukimą, t. y. papildomų mokesčių taikymą, nurodė, kad pagal sudarytos sutarties sąlygas bei į bylą teiktus pirkimo dokumentus tiekėjas negalėjo rinkti papildomo mokesčio už bilietų platinimo paslaugas, tačiau už *papildomas paslaugas, kurių prašydavo klientai, kurios buvo atliktos tų klientų naudai bei neapima bilietų platinimo paslaugos pagal sutarties sąlygas ir pirkimo dokumentus*, tiekėjas turėjo teisę gauti papildomą apmokėjimą. Pirmosios instancijos teismas sutiko su tiekėjo argumentais, kad už papildomas paslaugas, pavyzdžiui, išsiųsti įsigytą bilietą paštu į užsienio šalį, internetu įsigyto bilieto atspausdinimą kasoje ir pan., papildomas mokesťis galėjo būti taikomas.

Apeliacinės instancijos teismas sutiko su pirmosios instancijos teismo sprendimo dalimi dėl paslaugų kokybės ir tiekėjo veiksmus kvalifikavo kaip neatitinkančius esminio sutarties pažeidimo požymių. Tačiau Lietuvos apeliacinis teismas nesutiko su pirmosios instancijos teismu ir tiekėju bei teigė, kad pastarasis neturi teisės rinkti papildomo mokesčio iš galutinės naudos gavėjų (bilietų pirkėjų) už papildomas, pirkimo dokumentuose nenumatytas paslaugas, ir tai kvalifikavo kaip esminį sutarties pažeidimą. Teisėjų kolegija šiuo atveju pažymėjo, „kad tuo atveju, jeigu atsakovė toleruotų ieškovės neteisėtai taikomus papildomus mokesčius, ji pažeistų VPĮ 17 straipsnyje įtvirtintus viešųjų pirkimų skaidrumo, tiekėjų lygiateisiškumo principus. Nesilaikydama pirkimo dokumentuose nustatytų sąlygų, draudžiančių klientams taikyti papildomus mokesčius, ieškovė įgyja neteisėtą pranašumą prieš

kitus viešojo pirkimo dalyvius, nes tokiu būdu ji gauna papildomą naudą, kurios kiti viešojo pirkimo dalyviai pagal pirkimo sąlygas negalėjo numanyti“ (Lietuvos apeliacinio teismo 2020 m. sausio 30 d. sprendimas civilinėje byloje).

Paliekant ginčo detales nuošalyje ir sutelkiant dėmesį į šio teismo išvadą dėl teisės imti papildomą atlyginimą už papildomas paslaugas tretiesiems asmenims, autoriaus nuomone, apeliacinės instancijos teismo išvados šiuo aspektu yra ydingos ir vertos detalesnės analizės (kritikos).

Pirma, autoriaus nuomone, analizuojamu atveju iš esmės buvo paneigti tiekėjų teisės į rinką principai. O viešųjų pirkimų teisės DNR yra galimybės tiekėjams pasiekti rinką sudarymas. Istorinė viešųjų pirkimų teisės ištakų genezė rodo, kad ši teisės šaka vystėsi pirmiausia siekiant užtikrinti laisvąjį prekių ir paslaugų judėjimą bendrojoje rinkoje (ESTT 2009 m. birželio 9 d. sprendimas). Todėl tam, kad būtų detalizuotos ES pirminės teisės nuostatos, buvo pradėta vystyti antrinė ES teisė, kuri tapo savarankiška viešųjų pirkimų teisės šaka (Weatherill, 2019, p. 34). Atitinkamai visi ESTT teisiniai testai, išvystyti ES materialinės teisės srityje, taikomi aiškinant ir viešųjų pirkimų teisės normas. Todėl rinkos pasiekimo (angl. *access to the market*) taisyklė, pagal kurią draudžiama bet kokia priemonė, jeigu ji riboja laisvą prekybą, *Dassonville* (ESTT 1974 m. liepos 11 d. sprendimas) formulė, kuri įpareigoja vertinti taikomos priemonės faktinį lemiamą efektą laisvam prekių ir paslaugų judėjimui, autoriaus nuomone, *mutatis mutandis* taikoma tiek viešųjų pirkimų procesui, tiek ir viešojo pirkimo sutarčiai ir jos vykdymo stadijai. Aptariamam atveju Lietuvos apeliacinės instancijos teismas, laikydamas, kad papildomų paslaugų pardavimas ir atlyginimo už jas gavimas yra esminis viešojo pirkimo sutarties pažeidimas, iš esmės paneigė fundamentalias laisvo prekių ir paslaugų judėjimo taisykles, apribojo tiekėjo galimybę pasiekti rinką. Autoriaus įsitikinimu, viešųjų pirkimų teisės normos, įskaitant lygiateisiškumo principą (VPĮ 17 str.), negali būti aiškinamos kaip draudžiančios teikti papildomas paslaugas klientui (galutiniam naudos gavėjui) tiesiogiai jas užsakius ir kurios neapibrėžtos bei nereglamentuojamos pirkimo dokumentų ir viešojo pirkimo sutarties. Kitaip tariant, tiekėjui – viešojo pirkimo sutarties šaliai – negali būti draudžiama „pasiekti“ rinką, t. y. užsiimti papildoma komercine ūkine veikla, perduodant papildomų paslaugų, prekių, darbų (šiuo atveju – paslaugų) tretiesiems asmenims tik todėl, kad jie buvo „pasiekti“ per viešojo pirkimo sutartį, jeigu tai, kaip minėta, neprieštaruja pačiai viešojo pirkimo–pardavimo sutarties esmei arba joje įrašytam tokių veiksmų draudimui. Toks materialinės teisės nuostatų aiškinimas būtų priešingas ekonominei pažangai, laisvam prekių ir paslaugų judėjimui, nesuderinamas su sutarties dispozityvumo principu ir elementaria logika.

Antra, aptariamoje situacijoje, konstatuojant esminį sutarties pažeidimą, buvo netinkamai interpretuoti viešųjų pirkimų principai (VPĮ 17 str.). Lygiateisiškumas analizuojamos situacijos kontekste būtų pažeidžiamas tada, jeigu viešojo pirkimo dokumentai ir sutartis numatytų draudimą užsiimti papildoma veikla arba toks draudimas būtų išvestinis, t. y. išplauktų iš *konkrečios* viešojo pirkimo sutarties. Kartu alogiška teigti (neminint teisės), kad viešųjų pirkimų principai yra pažeidžiami tiekėjo verslumu ir kūrybiškumu. Toks teisinis požiūris yra nesuderinamas su viešųjų pirkimų teisės tikslais ir paskirtimi. Kitaip tariant, viešųjų pirkimų principai negali būti pažeidžiami, jeigu tiekėjas veikia už viešojo pirkimo sutarties ribų.

Trečia, formuojamoje Lietuvos teismų praktikoje pripažįstama tiekėjo teisė iš viešojo pirkimo–pardavimo sutarties gauti papildomos naudos net ir tuo atveju, jei visa tiekėjo finansinė nauda gaunama teikiant į viešojo pirkimo–pardavimo objektą neįeinančias, tačiau su juo susijusias papildomas paslaugas galutiniams naudos gavėjams⁹. Tokia praktika iš dalies koreliuoja ir su kasacinio teismo praktika, pavyzdžiui, neįprastai mažos kainos pagrindimo bylose. Kasacinis teismas ne kartą yra nu-

⁹ Pavyzdžiui, Vilniaus apygardos teismo 2018 m. spalio 8 d. sprendimas civilinėje byloje Nr. e2-4469-340/2018.

rodęs, kad, pavyzdžiui, neįprastai maža kaina yra tinkama priemonė pasiekti rinką ir įgyti reputaciją (LAT 2017 m. vasario 2 d. nutartis civilinėje byloje). Kitaip tariant, teismų praktikoje pripažįstama, kad rinkos pasiekimas, t. y. patekimas į ją (angl. *access to the market*), yra skatinamas veiksnys, savaime nekenkiantis teisiniams santykiams ir dėl to neturi būti draudžiamas. Autoriaus nuomone, minėtos teismų praktikos taisyklės, t. y. jų formulavimo genezė, *mutatis mutandis* turi būti taikomos ir tokiais atvejais, kai tiekėjas per viešojo pirkimo sutartį arba padidina savo rinkos dalį, arba (ir) padidina savo pardavimų skaičių.

Apibendrinant tai, kas buvo pasakyta, aptartos *Nacionalinio bilietaų platintojo* bylos faktinės aplinkybės yra geras pavyzdys situacijos, kai perkančiosios organizacijos vykdomoji diskrecija buvo vertinama išimtinai pagal Civilinio kodekso 6.217 straipsnio nuostatas, visiškai ignoruojant šioje publikacijoje išanalizuotą perkančiosios organizacijos administracinės (vykdomosios) diskrecijos testą, t. y. nevertinant sutarties nutraukimo padarinių nei konkurencijai, nei to, ar toks veikimas yra proporcingas, kas tiesiogiai prieštarauja šiame darbe išanalizuotai ESTT formuojamai teismų praktikai ir teisei minčiai. Autoriaus nuomone, viešojo pirkimo sutarties nutraukimas dėl esminio pažeidimo, inicijuojant šį procesą kaip perkančiosios organizacijos teisių gynimo priemonę, yra tarpšakinis institutas (plačiaja prasme), kurio taikymas yra ribotas ir galimas taikyti tik esant visiems analizuotiems kriterijams.

Išvados

1. Perkančiosios organizacijos turi vykdomąją (administracinę) diskreciją viešuosiuose pirkimuose. Tokia teisė veikti savo nuožiūra, viena vertus, yra reglamentuojama viešųjų pirkimų teisės (VPĮ), kita vertus, yra pripažįstama nacionalinės ir ES teismų praktikos. Atlikto mokslinio tyrimo pagrindu šios publikacijos autorius laikosi nuostatos, kad viešųjų pirkėjų diskrecija gali būti įgyvendinama tiek viešojo pirkimo metu, t. y. organizuojant pirkimo procedūras, tiek ir viešojo pirkimo sutarties vykdymo stadijoje.
2. ES ir Lietuvos viešųjų pirkimų teisės, taip pat jos pagrindu formuojamos teismų praktikos analizė parodė, kad perkančiųjų organizacijų teisė veikti savo nuožiūra yra ribojama. Siekiant įvertinti viešųjų pirkėjų teisės veikti savo nuožiūra ribas, turi būti taikomas dviejų dalių testas. Pirma, turi būti vertinamas įgyvendinamos diskrecijos poveikis konkurencijai tiek siauruoju, tiek plačiuoju aspektu. Antra, perkančiųjų organizacijų diskrecija visada turi būti įgyvendinama remiantis proporcingumo principu (VPĮ 17 str.), jam turi būti skiriamas ypatingas dėmesys.
3. Kadangi perkančiųjų organizacijų diskrecija įgyvendinama tiek pirkimo, tiek viešojo pirkimo sutarties vykdymo metu, šiame darbe siūlomas perkančiosios organizacijos diskrecijos vertinimo testas turi būti taikomas ir tais atvejais, kai sprendžiamas perkančiosios organizacijos galimų teisių gynimo būdų pasirinkimas ir jų pritaikymas. Perkančioji organizacija turi teisę pasirinkti vienašalį sutarties nutraukimą dėl padaryto jos esminio pažeidimo kaip savo teisių gynimo būdą. Tokiu atveju ji pirmiausia turi įvertinti esamos situacijos atitiktį Civilinio kodekso 6.217 straipsnio ir pirkimo sutarties nuostatų reikalavimams. Tačiau vienašalis sutarties nutraukimas, net ir esant pastaruosiuose teisės šaltiniuose nurodytoms sąlygoms, yra negalimas, jeigu nebus įvertintas tokio veikimo poveikis konkurencijai ir ypač proporcingumo principui. Kitaip tariant, aptariamais atvejais yra negalima taikyti Civilinio kodekso 6.217 straipsnio be sisteminio VPĮ 17 straipsnio nuostatų įgyvendinimo.

Literatūra

Norminiai teisės aktai

Europos Parlamento ir Tarybos 2014 m. vasario 26 d. direktyva Nr. 2014/24/ES dėl viešųjų pirkimų, kuria panaikinama Direktyva 2004/18/EB. *OL L 94*, p. 65.

Specialioji literatūra

- Bogojevič, S., Groussot, X., Hettne, J. (2019). The „Age of Discretion“: Understanding the Scope and Limits of Discretion in EU Public Procurement Law. In Bogojevič, S.; Groussot, X.; Hettne, J. (eds.). *Discretion in EU Public Procurement Law*. HART.
- Dworkin, R. (2013). *Taking Rights Seriously*. Bloomsbury.
- Graells-Sanchez, A. (2015). *Public Procurement and EU Competition Rules*, 2nd ed. Hart Publishing.
- Graells-Sanchez, A. (2017). Territorial Extension and Case Law of the Court of Justice. Good Administration and Access to Justice in Procurement as a Case Study [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://ssrn.com/abstract=3081061> [žiūrėta 2020 m. kovo 21 d.].
- Graells-Sanchez, A.; Koninck, C. (2018). *Shaping EU Public Procurement Law. A Critical Analysis of the CJEU Case Law 2015–2017*. Wolters Kluwer.
- Graells-Sanchez, A. (ed.) (2018). *Smart Public Procurement and Labor Standards. Pushing the Discussion after the Regioplast*. HART.
- Graells-Sanchez, A. (2019). Some Reflections on „Artificial Narrowing of Competition“ as a Check on Executive Discretion in Public Procurement. In Bogojevič, S.; Groussot, X.; Hettne, J. (eds.). *Discretion in EU Public Procurement Law*. HART.
- Hamer, R. C. (2020). The Possibility to Exclude an Economic Operator that Cannot be Trusted. *EPPPL*, 1.
- Kelemen, D. (2011). *Eurolegalism: The Transformation of Law and Regulation in the European Union*. OUP.
- Kelman, S. (1990). *Procurement and Public Management. The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance*. The AEI Press.
- Sakalauskaitė, E. (2017). *Perkančiųjų organizacijų diskrecijos problemos derinant skirtingus interesus viešuosiuose pirkimuose*. Daktaro disertacija, socialiniai mokslai, teisė (01S), Mykolo Romerio universitetas. Vilnius.
- Halonen, K. M. (2017). Termination of a Public Contract – Lifting the Veil on Art. 73 of 2014/24 Directive. *Public Procurement Law Review*, 5, 187–198.
- Soloveičikas, D. (2012). *Reabilitacijos doktrina viešųjų pirkimų teisėje. Nepriklausomos Lietuvos teisė: praeitis, dabartis ir ateitis*. Recenzuotų mokslinių straipsnių rinkinys. Vilniaus universiteto Teisės fakulteto Alumni draugija.
- Soloveičikas, D. (2014). Viešųjų pirkimų tikslai ir jų įgyvendinimas. *Teisė*, 91. <https://doi.org/10.15388/teise.2014.0.3373>.
- Simovart, M. (2018). The power of termination under art.73(a) of Directive 2014/24/EU: the challenges of balancing implementation. *Public Procurement Law Review*, 6, 279–287.
- Treumer, S.; Comba, M. (eds.) (2018). *Modernising Public Procurement. The Approach of EU Member States*. EE Publishing.
- Weatherill, S. (2019). EU Law on Public Procurement: Internal Market Law Made Better. In Bogojevič, S.; Groussot, X.; Hettne, J. (eds.). *Discretion in EU Public Procurement Law*. HART.

Teismų praktika

- Dassonville* [ESTT], Nr. C-8/74, [1974-07-11]. EU:C:1974:82.
- Felix Swoboda* [ESTT], Nr. C-411/00, [2002-11-14]. EU:C:2002:660.
- Europos Bendrijos Komisija* [ESTT], Nr. C-480/06, [2009-06-09]. ECLI:EU:C:2009:357.
- Succhi di Frutta* [ESTT], Nr. C-496/99, [2004-04-29]. ECLI:EU:C:2004:236.
- Pressetext* [ESTT], Nr. C-454/06, [2008-06-19]. ECLI:EU:C:2008:351.
- Finn Frogne* [ESTT], Nr. C-549/14, [2016-09-07]. ECLI:EU:C:2016:634.
- Rosche Lietuva* [ESTT], Nr. C-413/17, [2018-10-25]. ECLI:EU:C:2018:865.
- Michaniki AE* [ESTT], Nr. C-213/07, [2008-12-16]. ECLI:EU:C:2008:731.
- Assitur Srl* [ESTT], Nr. C-538/07, [2009-05-19]. ECLI:EU:C:2009:317.
- Acoset Spa* [ESTT], Nr. C-196/08, [2009-10-15]. ECLI:EU:C:2009:62.

Meca Srl [ESTT], Nr. C-41/18, [2019-06-19]. ECLI:EU:C:2019:507.
Irgita [ESTT], Nr. C-285/18, [2019-10-03]. ECLI:EU:C:2019:829.
Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA [ESTT], Nr. C-267/18, [2019-10-03]. ECLI:EU:C:2019:826.
Generalinio advokato Manuel Campos Sanchez-Bordona išvada byloje *Delta Antrepriză de Construcții și Montaj 93 SA* [ESTT], Nr. C-267/18, [2019-05-08]. ECLI:EU:C:2019:826.
TIM Spa [ESTT], Nr. C-395/18, [2020-01-30]. ECLI:EU:C:2020:58.
Lietuvos Respublikos Konstitucinio Teismo 2000 m. vasario 23 d. nutarimas byloje Nr. 21/98-6/99.
LAT 2009 m. birželio 26 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-287/2009.
LAT 2010 m. kovo 30 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-145/2010.
LAT 2011 m. gruodžio 13 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-510/2011.
LAT 2012 m. gegužės 8 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-212/2012.
LAT 2013 m. balandžio 3 d. Viešųjų pirkimų reglamentavimo ir teismų praktikos apžvalga Nr. AC-38-1.
LAT 2013 m. gegužės 16 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-230/2013.
LAT 2013 m. lapkričio 21 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-590/2013.
LAT 2013 m. gruodžio 3 d. Viešųjų pirkimų reglamentavimo ir teismų praktikos apžvalga (II) Nr. AC-39-1.
LAT 2013 m. gruodžio 20 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-713/2013.
LAT 2014 m. kovo 14 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-89/2014.
LAT 2016 m. kovo 30 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-175-415/2016.
LAT 2016 m. kovo 30 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-177-916/2016.
LAT 2016 m. birželio 2 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-291-969/2016.
LAT 2017 m. vasario 2 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-1-969/2017.
LAT 2017 m. vasario 22 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-53-684/2017.
LAT 2018 m. spalio 26 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-386-378/2018.
LAT 2019 m. sausio 2 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-32-378/2019.
LAT 2019 m. birželio 13 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-211-969/2019.
LAT 2019 m. gruodžio 17 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-384-916/2019.
LAT 2020 m. sausio 16 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-124-248/2020.
LAT 2020 m. kovo 9 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-56-248/2020.
Lietuvos apeliacinio teismo 2005 m. spalio 17 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 2A-336/2005.
Lietuvos apeliacinio teismo 2019 m. rugsėjo 24 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e2A-1161-381/2019.
Lietuvos apeliacinio teismo 2020 m. sausio 30 d. sprendimas civilinėje byloje Nr. e2A-594-790/2020.
Vilniaus apygardos teismo 2018 m. spalio 8 d. sprendimas civilinėje byloje Nr. e2-4469-340/2018.

Kiti šaltiniai

Europos Komisijos komunikatas Europos Parlamentui, Tarybai, Europos ekonomikos ir socialinių reikalų komitetui ir Regionų komitetui Elektroninių viešųjų pirkimų strategija. COM/2012/0179 final.
VPT Statybos darbų pirkimų gairės [interaktyvus]. Prieiga per internetą: http://vpt.lrv.lt/uploads/vpt/documents/files/mp/darbu_gaires.pdf [žiūrėta 2020 m. kovo 22 d.].
VPT Ekonomiškai naudingiausio pasiūlymo vertinimo gairės [interaktyvus]. Prieiga per internetą: http://vpt.lrv.lt/uploads/vpt/documents/files/mp/ENPV_gaires_2017-11-09%E2%80%942018-02-13.pdf [žiūrėta 2020 m. kovo 20 d.].

The Implementation of the Discretion of the Contracting Authority while Terminating a Public Contract for a Material Breach

Deividas Soloveičik
(Vilnius University)

S u m m a r y

Since the time when the EU and Lithuanian public procurement law started the regulation of the situations when the economic operators can be “blacklisted,” there has been a great demand for an answer if the termination of a public contract for a material breach is as swift and clear as it is regulated in the Civil Code and the national law. However, the reply is not straightforward as it might seem to be. The sole reference to the provisions of the private law does not guarantee

neither the enforcement of competition nor safeguards the principle of proportionality, both of which must be taken into consideration while deciding on whether to terminate the public contract. Therefore, this article is a scholarly research of these to legal categories: the discretion of the contracting authorities and the remedy of the termination of a public contract in case of a material breach. After the scientific synthesis of the latter categories, the author suggests the relevant answers and gives a practical approach to the issue.

Perkančiosios organizacijos diskrecijos panaudojimas nutraukiant viešojo pirkimo sutartį dėl esminio jos pažeidimo

Deividas Soloveičik
(Vilniaus universitetas)

S a n t r a u k a

Nuo tada, kai ES ir Lietuvos viešųjų pirkimų teisė pradėjo reglamentuoti situacijas, kada tiekėjai gali patekti į nepatikimų tiekėjų sąrašą ir būti diskvalifikuoti iš viešųjų pirkimų todėl, kad su jais buvo nutraukta viešojo pirkimo sutartis dėl esminio jos pažeidimo, teisės praktikoje tapo itin aktualus klausimas, kada viešojo pirkimo sutartis gali būti nutraukta vienašališkai dėl esminio jos pažeidimo. Nors iš pirmo žvilgsnio galima manyti, kad šis klausimas yra elementarus ir atsakymų galima rasti Civiliniame kodekse, matyti, kad taip nėra, kadangi vien rėmimasis Civilinio kodekso normomis neužtikrina rinkos konkurencingumo, taip pat tokių situacijų vertinimo ir parenkamų perkančiųjų organizacijų teisių gynimo priemonių proporcingumo principo kontekste. Todėl šiuo straipsniu yra sutelkiamas dėmesys į du pagrindinius klausimus: pirma, kas yra perkančiųjų organizacijų diskrecija ir kokiomis sąlygomis ji gali būti naudojama. Antra, ar tokiai diskrecijai tais atvejais, kai ji naudojama siekiant nutraukti viešojo pirkimo sutartį dėl esminio jos pažeidimo, keliami papildomi reikalavimai. Šioje publikacijoje pateikiami atsakymai į nurodytus klausimus.

Doc. dr. Deividas Soloveičik, LL.M, MCI Arb yra Vilniaus universiteto docentas, komercinės ir viešųjų pirkimų teisės tyrinėtojas. Nuo 2011 m. autorius yra Tarptautinio arbitražo instituto (angl. *Chartered Institute of Arbitrators*), o nuo 2016 m. – taip pat Europos Komisijos (EK) iniciatyva kuriamo Inovatyvių viešųjų pirkimų (angl. *European Assistance for Innovation Procurement – eafip initiative*) ekspertų tinklo narys bei rekomenduojamas Vilniaus komercinio arbitražo teismo (VKAT) arbitras. Deividas Soloveičik yra advokatas, advokatų kontoros COBALT partneris. Pagrindinės autoriaus mokslinių interesų, tyrimų ir ekspertinės sritys yra viešieji pirkimai, bylinėjimasis ir alternatyvūs ginčų sprendimo būdai, Europos Sąjungos materialinė teisė (susijusi su laisvu prekių, paslaugų ir asmenų judėjimu).

Soloveičik Deividas, Ph.D, LL.M, is an associate professor and researcher in commercial and public procurement law at Vilnius University. D. Soloveičik is a member of the Chartered Institute of Arbitrators. He's also a member of the European Assistance for Innovation Procurement – eafip initiative promoted by the European Commission and a listed arbitrator at Vilnius Court of Commercial Arbitration. D. Soloveičik is a member of Lithuanian bar and a partner at the law firm COBALT. The author's main fields of expertise are public procurement, litigation and alternative dispute resolution, EU Law (related to the free movement of goods, services and people)