

Interesų konflikto koncepcija pagal Lietuvos ir Europos Sąjungos viešųjų pirkimų teisę ir teismų praktiką

Deividas Soloveičik, LL.M, MCIArb

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

Karolis Šimanskis, LL.M

Mykolo Romerio universiteto
Teisės fakulteto doktorantas
Ateities g. 20, LT-08303 Vilnius, Lietuva
Tel. (+370 5) 271 4625
El. paštas: <k.simanskis@lat.lt>

Iki tol, kol buvo įgyvendinta 2014 metų ES ir atitinkamai 2017 metų Lietuvos viešųjų pirkimų teisės reforma, interesų konfliktai viešuosiuose pirkimuose, jų samprata, požymiai, teisinis vertinimas, objektyvios praktinės apraiškos nebuvo plačiai analizuojamos nei teisės doktrinoje, nei teismų praktikoje. Iš esmės šiuo aspektu pasikeitus teisei ekosistemai, nurodytas mokslinis tyrimas tapo aktualus. Mokslinis interesų konfliktų teisinis pagrindimas tapo ypač reikalingas, kai teismai vienas po kito susidūrė su praktinėmis šio reiškinių situacijomis ir pradėjo kelti susijusius klausimus ne tik nacionalinėje teismų praktikoje, bet ir, bent jau Lietuvos teismų atveju, adresavo klausimus ES teisminėms institucijoms. Atitinkamai ši publikacija yra skirta išspręsti minėtą akademinės analizės poreikį ir atsakyti į klausimus, kas yra laikoma interesų konfliktu bei kaip jį vertina ES ir Lietuvos teismai, nagrinėdami viešųjų pirkimų ginčus.

Pagrindiniai žodžiai: viešųjų pirkimų teisė, interesų konfliktai, teismų praktika, ES viešųjų pirkimų direktyva.

The Concept of Conflict of Interest in Lithuanian and EU Public Procurement Law and the Case-Law

Until the implementation of the public procurement law reform of 2014 at the EU level and respectively 2017 in the Lithuanian legal environment, the legal analysis of the concept of conflicts of interest in public procurement law was scarce. Neither did the features of this phenomenon or its' legal evaluation was the subject of any solid scholar research. However, the demand for such academic insights has recently become very bright because the courts on numerous occasions started to face the disputes with the subject conflicts of interest being at the heart of the disagreements between the litigating parties. The courts, at least in Lithuania, have even started to search the relevant answers elsewhere, including making the references to the EU judiciary for the preliminary rulings regarding this matter. Therefore, this publication is a contribution to the minimization of this "scholar thirst" in the mentioned field or at least our sincere attempt to do that.

Keywords: public procurement law, conflicts of interest, case law, the EU public procurement directive.

Received: 29/8/2018. Accepted: 20/3/2019

Copyright © 2019 Deividas Soloveičik, Karolis Šimanskis. Published by Vilnius University Press

This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution Licence, which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original author and source are credited.

Įvadas

Skaidri, efektyvi, sklandi, racionali, užtikrinanti *quid pro quo* ir paremta proporcingumo, lygiateisiškumo, nediskriminavimo ir abipusio pripažinimo principais, puoselėjanti sąžiningą ir realią konkurenciją – pagrindinės savybės, kuriomis turėtų pasižymėti kiekviena viešojo pirkimo procedūra. Siekiant išsaugoti ir užtikrinti šių savybių įgyvendinimą ES viešųjų pirkimų procedūrose, Direktyvoje 2014/24¹ įtvirtinta reikšmingų teisės novelų, tarp kurių yra ir tiesioginis interesų konfliktų reguliavimas.

Interesų konfliktų viešuosiuose pirkimuose tema teisės doktrinoje nėra plačiau išnagrinėta. Tai – pirmiausia praktinė problema, papildomai įgijusi svarbos po Europos Sąjungos Teisingumo Teismo (toliau – ESTT arba Teisingumo Teismas) sprendimų byloje *eVigilo*² bei *Specializuotas transportas*³, kurios inicijuotos pagal Lietuvos Aukščiausiojo Teismo pateiktus paklausimus. Nurodyta teismų praktika ir iš nacionalinio ir Europos Sąjungos teismų bendradarbiavimo kilę klausimai ir atsakymai rodo temos svarbą ir jos praktinę reikšmę. Iš pirmo žvilgsnio gali atrodyti, kad tema yra paprasta. Direktyvos 2014/24 24 straipsnyje reglamentuojami interesų konfliktai ir pateikiami visi reikiami praktinio įgyvendinimo atsakymai. Vis dėlto, kaip toliau paaiškės šiame straipsnyje, pirmiau nurodytas reguliavimas nėra tiek aiškus, kiek viešųjų pirkimų specialistai tikisi, dėl šios priežasties jis (reguliavimas) turi būti patikslintas teisės doktrinos ir interpretavimo.

Straipsnis yra padalytas į tris pagrindines dalis. Pirmoje dalyje autoriai pradės nuo bendrosios interesų konflikto viešajame sektoriuje apibrėžties. Pagrindinis tikslas – nustatyti šio reiškinio ypatybes ir išsiaiškinti, ar tai gali būti taikoma viešųjų pirkimų srityje. Antroje dalyje autoriai nagrinės, kaip šią problemą sprendžia ES ir Lietuvos Respublikos teismai, bus įrodyta, kad iki *eVigilo* ir *Specializuotas transportas* bylų nebuvo vienareikšmiško ir svaraus teisinio išaiškinimo, kaip spręsti šias situacijas viešųjų pirkimų procedūrose. Trečioje dalyje bus analizuojamas naujasis ES viešųjų pirkimų reguliavimas, konkrečiai Direktyvos 2014/24 24 straipsnis bei susijusios nuostatos. Pažymėtina, kad autoriai netiria Direktyvos 2014/25⁴ bei Koncesijų direktyvos⁵ normų, tačiau mano, kad šio mokslinio tyrimo pagrindu padarytos akademinės išvados gali būti *mutatis mutandis* taikomos ieškant atsakymų, kaip turi būti aiškinamos giminingos nurodytų direktyvų ir jas įgyvendinančių nacionalinių teisės aktų⁶ normos. Straipsnio pabaigoje pateikiamos autorių tyrimu pagrįstos išvados.

Interesų konflikto DNR: bendroji apibrėžtis

Interesų konflikto samprata nėra nauja, ir tai nėra kategorija, sukurta viešųjų pirkimų teisės srityje. Iš tiesų jos idėja kyla iš viešosios teisės, daugiausia administracinės ar baudžiamosios. Yra daug skirtingų

¹ 2014 m. vasario 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2014/24/ES dėl viešųjų pirkimų, kuria panaikinama Direktyva 2004/18/EB, *OJ L* 94, 28.3.2014.

² ESTT byla C-538/13, *eVigilo Ltd prieš Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, EU:C:2015:166.

³ ESTT byla C-531/16, *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras prieš „Specializuotas transportas“ UAB*, ECLI:EU:C:2018:324.

⁴ 2014 m. vasario 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2014/25/ES dėl subjektų, vykdančių veiklą vandens, energetikos, transporto ir pašto paslaugų sektoriuose, vykdomų pirkimų, kuria panaikinama Direktyva 2004/17/EB, *OJ L* 94, 28.3.2014.

⁵ 2014 m. vasario 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2014/23/ES dėl koncesijos sutarčių suteikimo, *OJ L* 94, 28.3.2014.

⁶ Lietuvos Respublikos pirkimų, atliekamų vandentvarkos, energetikos, transporto ar pašto paslaugų srities perkančiųjų subjektų, įstatymas 2017-05-02 *TAR*, 2017, Nr. 2017-07551, Lietuvos Respublikos koncesijų įstatymas, 2017-06-15 *TAR*, 2017, Nr. 2017-10801.

nuomonių aiškinant šio instituto kilmę, tačiau visos jos paremtos siekiu užtikrinti maksimalų skaidrumą ir lygiateisiškumą santykiuose, kuriuose veikia viešoji valdžia. Pavyzdžiui, Q. Reed mano, kad interesų konfliktas yra „situacija, kai viešosios valdžios pareigūnas (valstybės tarnautojas) turi asmeninį ar kitokį interesą, galintį paveikti jo nešališkumą ir objektyvų oficialių pareigų atlikimą“⁷. Autorius tvirtina, kad „interesų konfliktai yra natūraliai atsirandantys reiškiniai, o ne patologija – tai yra neišvengiama pasekmė situacijos, kai asmuo užima daugiau nei vieną socialinį vaidmenį“⁸. N. Nikolov pateikia panašią interesų konflikto apibrėžtį išlaikydamas idėją, kad tai yra „viešosios valdžios funkcijas atliekančio ar su tuo susijusio asmens privačių ir viešų interesų, kuriuos pastarasis turi apginti viešosios valdžios įgaliojimų pagalba, kolizija“⁹. Reikia sutikti su šių teisės mokslininkų nuomone, kad interesų konfliktai visada yra susiję su piktnaudžiavimu teise, kuri buvo suteikta asmeniui viešosios valdžios¹⁰. N. Nikolov pateikia daugumos Europos šalių teisės aktų santrauką ir išryškina šias interesų konfliktų ypatybes:

1. Interesų konfliktas yra *situacija*, kuri kyla vykdant profesines pareigas.
2. Asmuo, turintis įgaliojimus ir valdžią, turi asmeninį interesą situacijose, kurios gali būti jam naudingos.
3. Toks valdžios įgyvendinimas yra paremtas turimais įgaliojimais, kurių šaltinis – dažniausiai viešoji teisė.
4. Tokio asmens suinteresuotumas gali turėti įtakos jo įgaliojimams ar pareigoms vykdyti¹¹.

Šios interesų konfliktų savybės ir elementai tapo universalūs. JAV taikoma interesų konfliktų doktrina grindžiama vadinamuoju atstovaujamojo ir atstovo modeliu (angl. *principal-agent model*). Atstovaujamas yra valstybė, o atstovas – tarnautojas. Pagal modelį, „atstovo ir (arba) subatstovų interesai neišvengiamai nukrypsta nuo atstovaujamojo interesų ir, kai atstovo interesai ar tikslai pakankamai nukrypsta, galime sakyti, kad susidarė interesų konfliktas“¹². Panašus požiūris pateikiamas ir kituose šaltiniuose. Pavyzdžiui, EBPO ir Europos Sąjungos kovos su sukčiavimu tarnyba (angl. *OLAF*), kuri nurodo tą pačią interesų konflikto apibrėžtį kaip ir EBPO¹³, mano, kad tai yra „konfliktas tarp valstybės tarnautojo funkcijų vykdymo ir jo privačių interesų, kai privatus interesas gali netinkamai paveikti jo funkcijų įgyvendinimą“¹⁴. EBPO gairėse nustatomi skirtingi interesų konfliktų tipai. Dokumente nurodoma, kad yra (i) faktiniai, (ii) tariami ir (iii) galimi interesų konfliktai. Pirmasis susijęs su situacijomis, kurios atitinka prieš tai nurodytą interesų konflikto apibrėžtį. Kitaip tariant, vyksta konfliktas, o tai reiškia, kad atsakingas asmuo turi faktinį savo interesų konfliktą konkrečiu metu, vietoje ar vykdydamas konkrečias valdžios funkcijas. Tariamas konfliktas yra susijęs su tais atvejais, kai atrodo, kad „viešojo sektoriaus pareigūno privatus interesas galėtų daryti netinkamą įtaką jo pareigų vykdymui, tačiau iš tikrųjų taip nėra“¹⁵. Galimas interesų konfliktas yra tas, kuris taps faktiniu tuo

⁷ REED, Q. *Sitting on the fence: conflicts of interest and how to regulate them* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <<https://www.cmi.no/publications/file/3160-sitting-on-the-fence.pdf>>.

⁸ Ten pat.

⁹ NIKOLOV, N. Conflict of interest in European public law. *Journal of Financial Crime*, 2013, Vol. 20 Issue 4, p. 406.

¹⁰ Iš tiesų yra interesų konfliktų, kurie atsiranda versle, privačiame sektoriuje, tačiau tai nėra šio straipsnio tema.

¹¹ Ten pat, nr. 3, p. 410.

¹² JURICH, James. International Approaches to Conflicts of Interest in Public Procurement: a Comparative Review. *EPPL*, 4, 2012, p. 244.

¹³ Europos Komisijos ir Europos Sąjungos kovos su sukčiavimu tarnybos vadovams skirtas praktinis vadovas, Interesų konfliktų nustatymas vykdant su struktūriniais veiksmais susijusių viešųjų pirkimų procedūras [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <<https://ec.europa.eu/sfc/sites/sfc2014/files/sfc-files/guide-conflict-of-interests-LT.pdf>>.

¹⁴ „Interesų konfliktų valdymas viešajame sektoriuje“ EBPO gairės ir šalių patirtis [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <<https://www.oecd.org/gov/ethics/48994419.pdf>>.

¹⁵ Ten pat, p. 24.

atveju, jeigu atsakingas asmuo bus įtrauktas sprendžiant konkrečią situaciją dėl savo privačių interesų, kurie pernelyg glaudžiai susiję su problemos dalyku. Taigi skirtumas tarp tariamo ir galimo interesų konflikto priklauso nuo privačių interesų, kuriuos atsakingas asmuo gali turėti konkrečioje situacijoje vykdydamas savo viešąsias funkcijas, apimties. Tariamo interesų konflikto tipas yra labiau tikėtinas, kai privatus interesai yra teoriniai, tačiau vis tiek hipotetiškai gali egzistuoti. O galimas interesų konfliktas greičiausiai įvyks, jei privatus interesai yra tikrai įgyvendinami ir glaudžiai susiję su atsakingo asmens sprendžiama problema.

UNCITRAL Modeliniame viešųjų pirkimų įstatyme¹⁶ nepateikiama interesų konflikto sąvoka, jame labiau pasiūlyti sprendimai, jei tokie konfliktai yra nustatomi. Šio įstatymo 21 straipsnio b punkte įtvirtinta, kad perkantysis subjektas pašalina dalyvį iš viešojo pirkimo procedūros, jei, *inter alia*, dalyvis patenka į interesų konflikto situaciją, pažeidžiant konkrečios valstybės teisės nuostatas. Toks požiūris pateikiamas ir kituose šaltiniuose, pavyzdžiui, Pasaulio prekybos organizacijos (PPO) Sutartyje dėl viešųjų pirkimų (SVP)¹⁷. SVP VI straipsnio b punkte nurodyta, kad perkantysis subjektas atlieka viešuosius pirkimus skaidriai ir nešališkai, kad būtų išvengta interesų konfliktų, tačiau nepateikiama šios sąvokos apibrėžties. Daug konkrečiau interesų konfliktas apibrėžtas ES reglamente Nr. 966/2012¹⁸, kuriame teigiama, kad jis egzistuoja tais atvejais, kai finansų pareigūnas ar kitas asmuo nebegali nešališkai ir objektyviai atlikti savo pareigų dėl priešasčių, susijusių su šeima, emociniu gyvenimu, politine arba pilietine priklausomybe, ekonominiais interesais arba kitais su gavėju turimais bendrais interesais.

Įvairūs reguliacinio ir rekomendacinio pobūdžio šaltiniai skirtingai apibrėžia interesų konfliktų situacijas. Kai kuriuose iš jų siekiama apibrėžti sąvoką ir pateikti galimas savybes (pvz., EBPO ir OLAF gairės, ES Reglamentas Nr. 966/2012). Kituose (pvz., UNCITRAL Modelinis viešųjų pirkimų įstatymas, SVP ir kt.) paprasčiausiai nurodoma, kad interesų konfliktai netoleruojami ir sukelia neigiamų padarinių suinteresuotoms šalims. Kitaip tariant, interesų konflikto apibrėžimas prasideda nuo jo pobūdžio, kuris visų pirma lemia tai, kad jis apibrėžiamas kaip *situacija*, kuri veda piktnaudžiavimo teise ir (arba) neigiamų padarinių link. Atsižvelgdamas į tai, Q. Reed teigia, kad svarbu nesupainioti interesų konflikto situacijos su įprastu nusižengimu¹⁹. Čia svarbu pabrėžti žodį „situacija“, nes interesų konfliktai savaime nėra neteisėti. Tai gali būti visokio pobūdžio neteisėto veiksmo (civilinis ar administracinis pažeidimas, nusikalstama veika ir kt.) pradžia. Tačiau neigiamų veiksmų ir jų padarinių gali būti išvengta dėl (i) tinkamo teisinio reguliavimo ir (ii) teisingo elgesio asmens, kuris atsidūrė tokioje situacijoje. Iš to išplaukia, kaip jau minėta, kad tradiciškai interesų konflikto situacija nėra teisės pažeidimas *per se*, tai yra labiau būtina sąlyga jam įvykti, jei atsakingas asmuo ar teisinė *ekosistema*, kurioje šis asmuo veikia, nesutrukdė. Antra, aprašyta situacija gali tapti pažeidimu ir ilgainiui sukelti neigiamų teisinių padarinių „situacijos dalyviams“.

Teisės mokslininkai apibrėžia įvairias situacijas, kuriose gali kilti interesų konfliktas. Tai gali būti šeimos, verslo ryšiai ar pan.²⁰ Galimų „raudonos vėliavos“ (angl. *red flag*) situacijų sąrašas toli gražu nėra baigtinis. Kalbant apie interesų konfliktus, esmė nėra jų skirstymas į kategorijas, svarbu faktai

¹⁶ UNCITRAL Modelinis viešųjų pirkimų įstatymas, JUNG TINĖS TAUTOS, Niujorkas (2014) [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement-2011/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-e.pdf>>.

¹⁷ Pasaulio prekybos organizacijos (PPO) Sutartis dėl viešųjų pirkimų (SVP) (1994).

¹⁸ 2012 m. spalio 25 d. Europos Parlamento ir Tarybos reglamentas (ES, Euratomas) Nr. 966/2012 dėl Sąjungos bendrajam biudžetui taikomų finansinių taisyklių ir kuriuo panaikinamas Tarybos reglamentas (EB, Euratomas) Nr. 1605/2002.

¹⁹ Ten pat, nr. 1, p. 8.

²⁰ PRIESS, Hans-Joachim. Distortions of competition in tender proceedings: how to deal with conflicts of interest and the involvement of project consultants. *P.P.L.R.*, 2002, 3, p. 154–155.

ir prielaidos, kurioms esant yra priimami sprendimai ir juos formuoja atitinkami asmenys. Bet kokiu atveju pagrindinė savybė, kuri yra aktuali analizuojant temą, yra jau prieš tai minėta nuostata, kad interesų konfliktas yra *situacija*, kuri įvyksta esant tam tikroms aplinkybėms.

Taigi aktualus klausimas, ar viešųjų pirkimų teisės požiūriu būtų galima laikytis tos pačios vertinimo krypties. Ar teisiniu požiūriu yra problema, jei viešųjų pirkimų procedūrose kyla interesų konfliktas? Ar vien „situacijos“ buvimas gali reikšti viešųjų pirkimų teisės pažeidimą? Jei taip, kokie to padariniai? Pasiūlymų atmetimas? Perkančiųjų organizacijų ir konkurso dalyvių sankcionavimas?

Norint tinkamai atsakyti į šiuos klausimus, svarbu apibrėžti interesų konflikto sąvoką viešųjų pirkimų teisės srityje. Kitaip tariant, turėtume atsakyti į klausimą, ar pirmiau nurodytos sąvokos apibrėžtis turėtų būti taikoma vertinant interesų konfliktus viešųjų pirkimų procedūrų metu, ar vis dėlto tai yra *sui generis* institutas, kurį reikia pritaikyti viešųjų pirkimų teisei.

Interesų konfliktai Europos ir nacionalinių teismų praktikoje

Reikia paminėti, kad iki 2014 m. ES viešųjų pirkimų direktyvų priėmimo Europos Sąjungos viešųjų pirkimų teisės srityje apskritai nebuvo kalbama apie interesų konflikto apibrėžimą ir pačią koncepciją (su sąlyga, kad ES reglamentas Nr. 966/2012 nelaikomas *ratione materiae* ES viešųjų pirkimų teisės dalimi). Taigi ši sąvoka buvo ir vis dar yra plėtojama Bendrojo Teismo ir Teisingumo Teismo praktikoje. Reikia pažymėti, kad Liuksemburgo teismai nesusistemino interesų konflikto ypatumų, tiesiog priėmė *ad hoc* sprendimus, formuojančius interesų konflikto sampratą.

Viena iš pirmųjų bylų, kurioje ši tema buvo epizodiškai aptarta, yra *Ismeri Europa Srl*²¹. Bendrasis Teismas sprendė, kad interesų konfliktas yra situacija, kai asmuo, turintis įtaką sprendimų priėmimo procesui, panaudoja tokią įtaką asmeninei naudai gauti. Teismas atskirai nenagrinėjo interesų konflikto sąvokos ir nenurodė jokių tokios sampratos kriterijų ar požymių, tačiau bandė apibrėžti tokią padėtį, pabrėždamas asmens įtaką kaip lemiamą veiksni. *Nexans France*²² byloje teismas apibendrinė anksčiau Europos Sąjungos Bendrojo Teismo ir Teisingumo Teismo praktiką ir pateikė keletą pažangių išvadų dėl interesų konflikto. *Pirma*, teismas nurodė, kad interesų konflikto samprata yra objektyvaus pobūdžio ir, norint ją apibūdinti, reikėtų nepaisyti suinteresuotų asmenų ketinimų, net jei jie ir veiktų sąžiningai. *Antra*, perkančiosios organizacijos nėra įpareigos pašalinti konkurso dalyvių, atsidūrusių interesų konflikto situacijoje, toks pašalinimas nebūtų pateisinamas tais atvejais, kai galima įrodyti, kad situacija neturėjo įtakos jų veiksams arba tai neiškraipė sąžiningos tiekėjų konkurencijos. *Trečia*, dalyvio, kuris yra interesų konflikto situacijoje, pašalinimas iš viešojo pirkimo procedūrų yra būtinas tik jei nėra kitų atitinkamų priemonių, kuriomis siekiama išvengti vienodo požiūrio ir skaidrumo principų pažeidimo. Taip pat *Deloitte Business Advisory prieš Komisiją*²³ ir *Intrasoft International SA*²⁴ bylose Bendrasis Teismas, aiškindamas ES reglamento Nr. 1605/2002, kuris yra panaikintas ir pakeistas jau minėtu ES reglamentu Nr. 966/2012²⁵, normas, sprendė, kad pašalinti dalyvį iš viešojo pirkimo procedūrų galima tik tuo atveju, jei interesų konflikto situacija yra reali, o ne hipotetinė. Teismas aiškino,

²¹ ESBT byla T-277/97, *Ismeri Europa Srl prieš Court of Auditors of the European Communities*, ECLI:EU:T:1999:124.

²² ESBT byla T-415/10, *Nexans France prieš Joint undertaking Fusion for Energy*, ECLI:EU:T:2013:141.

²³ ESBT byla T-195/05, *Deloitte Business Advisory prieš Komisiją*, ECR, EU:T:2007:107.

²⁴ ESBT byla T-403/12, *Intrasoft International SA prieš Komisiją*, ECLI:EU:T:2015:774.

²⁵ Autorių nuomone, minėta teismų praktika, susijusi su Reglamentu Nr. 1605/2002 ir Nr. 966/2012 dėl interesų konfliktų, yra *mutatis mutandis* taikytina sprendžiant interesų konflikto problemas ir viešųjų pirkimų procedūrose, kurios reglamentuojamos ES viešųjų pirkimų direktyvų.

kad interesų konfliktas yra tinkamas teisinis pagrindas pašalinti dalyvį iš viešojo pirkimo procedūrų. Tačiau tai turėtų būti svarstoma tik tada, kai interesų konfliktas tampa realus. Ši rizika turi būti nustatyta įvertinant dalyvį ir jo pateiktą pasiūlymą, nepakanka vien teorinės interesų konflikto galimybės. Taigi teismas nurodo, kad interesų konfliktas yra (i) situacija, kuri (ii) yra objektyvaus pobūdžio ir (iii) turi būti reali, o ne teorinė. Be to, pašalinimas iš konkurso yra (iv) *ultima ratio* priemonė, o tai reiškia, kad tai yra labiau išimtis, o ne taisyklė. Įdomu pažymėti, kad objektyvumo reikalavimas leidžia manyti, kad interesų konflikto sąvoka, kuria remiamasi viešųjų pirkimų procedūrose, šiek tiek skiriasi nuo pirmiau minėtų EBPO gairių, atsižvelgiant į pateiktas interesų konfliktų kategorijas: faktinius, tariamus ir galimus. Autorių nuomone, racionaliau vertinti interesų konfliktą objektyviuoju aspektu ir susiaurinti taikomus testus. EBPO gairėse pateiktas faktinių, tariamų ir galimų interesų konfliktų skirstymas yra gana teorinis. Autorių nuomone, bent jau viešųjų pirkimų teisės srityje interesų konfliktas arba yra, arba ne. Nėra „šiek tiek konflikto“, kuris pagal EBPO skirstymą būtų tariamas arba galimas interesų konfliktas. Kitaip tariant, faktinio interesų konflikto samprata yra ta, kuri gali būti praktiškai pritaikyta viešųjų pirkimų procedūrų metu, todėl galima palaikyti Bendrojo Teismo formuojamą *stricto sensu* testo taikymo praktiką ir su ja sutikti.

eVigilo byloje ESTT nustatė papildomas taisykles, susijusias su interesų konflikto situacijų viešuosiuose pirkimuose nagrinėjimu. Reikia paminėti, kad Teisingumo Teismo išaiškinimai buvo dar plačiau interpretuojami ir taikomi Lietuvos Aukščiausiojo Teismo, kuris, vertėtų priminti, buvo nacionalinis teismas, pateikęs klausimų Teisingumo Teismui ir kuris vėliau sprendė dėl bylos galutinės baigties. ESTT savo išaiškinimą pradėjo konstatuodamas, kad interesų konfliktas kelia pavojų, jog perkančioji organizacija vadovausis su nagrinėjamu pirkimu nesusijusiais kriterijais ir vien dėl to pirmenybę teiks kuriam nors konkurso dalyviui. Toliau Teisingumo Teismas nurodė, kad toks interesų konfliktas gali lemti Direktyvos 2004/18 2 straipsnio, kuriame išdėstyti lygiateisiškumo, nediskriminavimo ir skaidrumo principai, pažeidimą. Pastarieji išaiškinimai yra svarbūs, ypač atsižvelgiant į kitas šioje byloje pateiktas Teisingumo Teismo išvadas, susijusias su (i) viešojo pirkimo komisijos narių šališkumu, (ii) tokio šališkumo įrodymais ir (iii) to įtaka.

Teisingumo Teismas pritarė plačiai interesų konflikto sampratos interpretacijai, siekiant išvengti šių situacijų viešųjų pirkimų procedūrose. Šiame kontekste atkreiptinas dėmesys į tai, kad prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs nacionalinio teismo pateikti klausimai Teisingumo Teismui buvo šališki tuo aspektu, kad jais buvo siekiama atsakymų, kurie paskatintų platų interesų konflikto doktrinos aiškinimą ir taikymą. Remdamasis Teisingumo Teismo pateiktais atsakymais, Lietuvos Aukščiausiasis Teismas iš esmės pateikė tokius pačius išaiškinimus kaip ir Teisingumo Teismas²⁶. *Pirma*, prašymą priimti prejudicinį sprendimą pateikęs teismas aiškino, kad interesų konflikto sąvoka turi būti suprantama plačiai ir net esant menkiausių abejonių, kad kuris nors asmuo gali būti linkęs favoritizuoti konkretų tiekėją viešojo pirkimo procedūrose, perkančioji organizacija turi imtis visų reikiamų priemonių, kad šios abejonės būtų pašalintos. Todėl neįrodžius, kad iš tikrųjų buvo imtasi visų reikiamų priemonių, tai gali lemti ankstesnių perkančiosios organizacijos sprendimų panaikinimą. Svarbu pažymėti, kad pastarasis išaiškinimas yra papildoma taisyklė, kurią ES ir nacionaliniai teismai pateikė. Būtent tai daugiausia susiję ne su pačia interesų konflikto sampratos esme, o su veiksmis, kurių turi imtis perkančiosios organizacijos, taikydamos interesų konflikto doktriną. Kaip jau buvo nurodyta, kiekviena perkančioji organizacija, susidūrusi su interesų konflikto situacija, privalo imtis aktyvių veiksmų.

²⁶ Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Civilinių bylų skyriaus 2015 m. gegužės 22 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-309-248/2015.

Antra, kasacinis teismas nurodė, kad įrodinėjimo našta tenka perkančiajai organizacijai. Kitaip tariant, ji turi įrodyti, kad ėmėsi visų reikiamų priemonių tiriant bei pašalinant visokius galimus ar esamus interesų konfliktus (pašalindama konkrečius asmenis iš pirkimo komisijos ir kt.), bet ne priešingai, t. y. ne tiekėjas (ieškovas civilinėje byloje) turi tai įrodinėti.

Galiausiai, Lietuvos Aukščiausiasis Teismas nurodė, kad nešališkumo deklaracija ar kitas panašaus pobūdžio dokumentas neturi *a priori* teisinės galios ir vien šis dokumentas nereiškia, kad perkančioji organizacija atliko interesų konflikto testą. Kaip nurodyta, įrodinėjimo našta, kad yra laikomasi skaidrumo reikalavimų, tenka pirkėjui, bet ne pardavėjui. Todėl, jei kyla abejonių dėl pirkimo skaidrumo, perkančioji organizacija ir jos atstovai turi imtis aktyvių veiksmų, kad išsklaidytų tokias abejones. Kitaip tariant, šalia ypatybių, apibrėžiančių interesų konfliktus, teismai atskleidė, *kas* ir *kaip* turi spręsti šias situacijas.

Be visų nagrinėtų svarbių interesų konflikto doktrinos savybių, *eVigilo* byla buvo pagrindas išskirti interesų konfliktus, kurie vyksta tarp perkančiosios organizacijos ir ūkio subjekto ar konkurso dalyvio, į atskirą kategoriją, t. y. *vertikaliuosius*, arba, kaip kartais šio straipsnio autoriai vadina, *vidaus* interesų konfliktus. Tokį apibūdinimą lemia atsirandančių santykių pobūdis, t. y. sprendžiamas konfliktas, vykstantis perkančiosios organizacijos viduje, kuris daro įtaką šios organizacijos nariams, darbuotojams ar atstovams. Tai yra vertikalu, nes konfliktas atsiranda tarp perkančiosios organizacijos ir tiekėjo (konkurso dalyvio) arba trečiųjų asmenų, o ne tarp dviejų ar daugiau viešųjų pirkėjų.

Interesų konflikto kvalifikavimas tam tikra rūšimi, šiuo atveju *vidaus* ar *vertikaliuoju*, objektyviai suponavo bent jau kelias išvadas ir iš teismų praktikos išplaukiančias tolesnes praktikos kryptis. *Pirma*, interesų konflikto apibrėžimas pagal tam tikrą kriterijų leido numanyti, kad galimai esama kitokių konfliktų apraiškų, kurios pasižymėtų kitais požymiais. *Antra*, teisinis intereso konflikto kvalifikavimas, juolab atliktas teismo, neturėjo būti savitiksliis (arba išimtinai teorinis), todėl tai neišvengiamai turėjo lemti, kad skirtingų konfliktų atvejais turėtų būti taikytinos arba skirtingos normos, arba kilti netapatūs teisės pažeidimo padariniai.

Taip teismų praktika interesų konfliktams viešuosiuose pirkimuose suformavo tvirtą pagrindą antrajai šio teisinio reiškinių daliai – *horizontaliesiems* arba *išorės* interesų konfliktams. Nors Teisingumo Teismo ir Lietuvos Aukščiausiojo Teismo sprendimų *eVigilo* byloje tekstuose nėra *expressis verbis* nurodyta „vertikalūs ar *vidaus* interesų konfliktai“, tačiau vėlesnėje prejudicinio sprendimo byloje *Specializuotas transportas*, kasacinis teismas tiesiogiai nurodė, kad „sprendime *eVigilo* Teisingumo Teismas pasisakė dėl aktyvaus perkančiųjų organizacijų vaidmens taikant viešojo pirkimo sutarčių sudarymo principus esant vertikalaus interesų konflikto situacijai tarp perkančiosios organizacijos paskirto eksperto ir dalyvio pasitelkto specialisto“²⁷. Būtent dėl to kasaciniam teismui ir kilo abejonė, ar ankstesni Teisingumo Teismo išaiškinimai, pateikti dėl vertikaliųjų (*vidaus*) interesų konfliktų sukeltų abejonių sprendimų ir galimų padarinių pirkėjui esant pasyviai, taikytini ir horizontaliųjų (*išorės*) konfliktų atvejais. Kaip išaiškėjo vėliau, ši teismo abejonė buvo pagrįsta.

Šiame kontekste atkreiptinas dėmesys į tai, kad *eVigilo* byla iš esmės²⁸ buvo pavienis atvejis, nagrinėtas kasacinio teismo, kuriuo buvo padėtas pagrindas vertikalojo (*vidaus*) interesų konflikto koncepcijos vystymuisi. Vėlesnė jurisprudencija, iš dalies akceptuodama bendrąsias *eVigilo* teisės aiškinimo ir taikymo taisykles, pakrypo į horizontaliųjų (*išorės*) konfliktų sprendimo situacijas, teisės taikymo ir kitas su tuo susijusias problemas.

²⁷ Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Civilinių bylų skyriaus 2016 m. spalio 11 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-439-469/2016.

²⁸ Teisingumo dėlei pažymėtina, kad kasacinio teismo 2014 m. lapkričio 14 d. išnagrinėtoje byloje taip pat buvo sprendžiamas ginčas, iš dalies susijęs su vertikalojo (*vidaus*) konflikto situacija – tokio konflikto užkardymu (žr. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Civilinių bylų skyriaus 2014 m. lapkričio 14 d. nutartį civilinėje byloje Nr. 3K-3-496/2014).

Prieš apžvelgiant aktualią nacionalinę teismų praktiką reikia paminėti, kad „horizontalius interesų konfliktus“ Lietuvos Respublikos teisėjai supranta kaip bet kokius susitarimus, kurie bet koku būdu iškreipia konkurenciją viešojo pirkimo procedūrose, įskaitant tuos, kurie apima konkurencijos teisės taisyklės dėl draudžiamų susitarimų (suderintų veiksmų, kartelinių susitarimų; SESV 101 straipsnis), ir susitarimus, kuriuos sudarė tarpusavyje susiję tiekėjai. Kitaip tariant, *horizontaliosios* arba, kaip mes vadiname, *išorės* interesų konfliktų situacijos apima tarpusavyje susijusias ir ne šalis. Keli svarbūs pastebėjimai, į kuriuos siekiama atkreipti dėmesį. *Pirma*, sąvoka „išorės“ arba „horizontalusis“ interesų konfliktas kyla dėl to, kad minėtose situacijose nėra tiesioginio perkančiosios organizacijos vaidmens, šie konfliktai atsiranda už jos veiklos ribų. Todėl jie ir vadinami išorės interesų konfliktais. Horizontalusis pobūdis daugiausiai susijęs su aplinkybe, kad situacija egzistuoja tarp ekonominės veiklos vykdytojų, kurie yra nepriklausomi rinkos dalyviai ir neturi jokios tarpusavio subordinacijos. *Antra*, tarpusavyje susijusiomis šalimis teismų praktika pripažįsta ūkio subjektus, kurie priklauso tai pačiai įmonių grupei. Paprastai tai yra dvi ar daugiau kontroliuojančiosios bendrovės dukterinės įmonės, motininės-dukterinės įmonės susitarimas ir kt.²⁹ *Trečia*, nesusijusios šalys, priešingai, neturi bendrų teisinių ryšių kaip kontroliuojančioji bendrovė ar tie patys akcininkai, bet yra susijusios antikonkurenciniais bendro pasiūlymo teikimo susitarimais ir atsižvelgiant į Lietuvos Respublikos teismų praktiką jie laikomi esantys horizontalaus intereso konflikto situacijoje³⁰.

Kaip nurodyta, perkančioji organizacija tiesiogiai nesusijusi su horizontaliųjų interesų konfliktų situacijomis. Vertinant kritiškai, galima teigti, kad tokiais atvejais apskritai nebūna interesų konflikto situacijos, nes konkurso dalyviai neturi konflikto su perkančiąja organizacija. Tačiau šie konkurso dalyviai turi tą patį tikslą – apgauti perkančiąją organizaciją. O tai teisės požiūriu, bent jau kaip tai supranta Lietuvos Aukščiausiasis Teismas, ir yra horizontalusis interesų konfliktas. Ir iš tiesų juk nėra esminio skirtumo tarp sąžiningos konkurencijos iškraipymo situacijų, kai atitinkamas ūkio subjektas gauna neteisėtą, t. y. ne laisvo ir nepriklausomo varžymosi nulemtą naudą arba iš ryšių su pačia perkančiąja organizacija, arba iš nuolatinio ar *ad hoc* santykio su kitu ūkio subjektu.

Horizontalūs interesų konfliktai atsiranda, kai du ar daugiau konkurso dalyvių dirbtinai konkuruoja ir tuo pačiu metu turi užslėptą ketinimą apgauti perkančiąją organizaciją pasiūlant prekių tiekimo, paslaugų teikimo ar darbų atlikimo kainas, didesnes negu rinkoje, arba tiesiog didina abiejų galimybes kuriam nors laimėti veikiant nesąžiningos konkurencijos sąlygomis. Ekonominiai konkurso dalyvių santykiai nėra teisinė problema *per se*, tačiau jei tokie santykiai pereina į antikonkurencinių veiksmų derinimą, tai yra skaidrumo principo pažeidimas. Viešųjų pirkimų teisė glaudžiai remiasi konkurencijos teisės taisyklėmis, ypač, kai kalbama apie antikonkurencinių veiksmų derinimą, ir kt. Tačiau paradoksalu tai, kad konkurencijos teisės požiūriu nėra draudžiamos situacijos, kai dvi ar daugiau tarpusavyje susijusios įmonės dalyvauja tame pačiame viešajame pirkime, keičiasi informacija, koordinuoja savo verslo praktiką ir kt., nes šie ūkio subjektai yra laikomi vienu vienetu pagal vieno ekonominio vieneto doktriną.

Galiausiai reikia pažymėti, kad teisės doktrina taip pat pripažįsta dviejų rūšių interesų konfliktus viešųjų pirkimų teisėje. Viena iš jų, „kai yra tam tikras veiksnys, turintis įtakos pasiūlymų vertinimo komisijos ar kito perkančiosios organizacijos nario nešališkumui ar nepriklausomumui“³¹. Tai reiškia vertikalųjį arba vidaus interesų konfliktą. Antroji rūšis yra „kai yra tam tikras veiksnys, turintis įtakos

²⁹ Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Civilinių bylų skyriaus 2014 m. birželio 25 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-334/2014

³⁰ Daugiau apie tai: RITTER, Cyril, *Joint tendering under EU competition law* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2909572>.

³¹ SEMPLE, Abby; ANDRECKA, Marta. Classification, Conflicts of Interest and Change of Contractor. *EPPPL*, 3, 2015, p. 181.

ūkio subjekto gebėjimui pateikti pasiūlymą arba vykdyti sutartį pagal perkančiosios organizacijos nustatytus reikalavimus³². Tai reiškia horizontalųjų arba išorės interesų konfliktą.

Horizontaliųjų interesų konfliktų doktrina viešuosiuose pirkimuose prasidėjo nuo Lietuvos Aukščiausiojo Teismo nagrinėtos *Pontem*³³ bylos. Bylos faktai buvo tokie: perkančioji organizacija pradėjo ligoninės pacientų maitinimo paslaugų viešąjį pirkimą (pirkimo vertė mažesnė už tarptautinio pirkimo vertės ribą). Keturi tiekėjai (bendrovės A, B, C ir D) dalyvavo pirkime ir pateikė savo pasiūlymus. Bendrovė A buvo pripažinta laimėtoja, o ieškovė – bendrovė B – liko antroje vietoje. Bendrovė C buvo susijusi su bendrove A ir jos pasiūlyta kaina buvo mažiausia (pirkimas buvo atliekamas vadovaujantis mažiausios kainos kriterijumi), tačiau atmesta dėl neįprastai mažos pasiūlytos kainos nepagrindimo. Reikia pažymėti, kad A ir C ryšys nebuvo ginčijamas byloje, tačiau visos C bendrovės akcijos priklausė ribotos atsakomybės bendrovei, kurios generalinis direktorius anksčiau buvo ir bendrovės A generaliniu direktoriumi. Be to, ginčo metu bendrovės A vadovė buvo bendrovės C akcijas turėjusios kitos įmonės direktoriaus sutuoktinė. Tuo labiau kad bendrovės A ir C turėjo tokius pačius registruotus buveinės adresus ir kontaktinius duomenis.

Bendrovė B savo reikalavimus grindė dviem pagrindais. *Pirma*, ji teigė, kad bendrovės A ir C buvo tarpusavyje susijusios, o tai reiškia, kad jų komercinė veikla, įskaitant dalyvavimą konkurse, buvo dirbtinė ir nekonkurencinga. Ieškovė teigė, kad šios įmonės turėjo slaptą ketinimą koordinuodamos savo veiksmus apgauti perkančiąją organizaciją ir laimėti pirkimą pasiūlius didesnę kainą nei rinkos. *Antra*, ieškovė teigė, kad abi bendrovės pažeidė reikalavimą atskleisti savo abipusius ryšius, nes nė viena iš bendrovių to nenurodė nešališkumo deklaracijoje³⁴. Atsikirsdamos abi bendrovės teigė, kad neturi jokių ryšių su kitais konkurso dalyviais. Taip pat ieškovė tvirtino, kad perkančioji organizacija turėjo nustatyti susijusių bendrovių ryšį ir atmesti abiejų pasiūlymus, nes jos neatitiko pirkimo dokumentuose keliamų reikalavimų, t. y. pateikė klaidinančią informaciją apie santykius su kitais konkurso dalyviais.

Įdomu tai, kad Lietuvos Aukščiausiasis Teismas pritarė antrajam ieškovės argumentui. Teismas padarė keletą labai svarbių išvadų, leidusių toliau plėtoti horizontaliųjų interesų konfliktų doktriną. *Pirma*, nėra draudžiama tarpusavyje susijusioms ekonominės veiklos vykdytojoms dalyvauti tame pačiame pirkime. Remdamasis *Assitur*³⁵ bylos išaiškinimais kasacinis teismas teigė, kad toks draudimas būtų neproporcingas. Toks teismo išaiškinimas atitinka nuosekliai plėtojamą Teisingumo Teismo praktiką dėl proporcingumo principo ir jo taikymo panašiais atvejais³⁶. Taigi toks Lietuvos Aukščiausiojo Teismo požiūris į plačiai taikomą proporcingumo principą parodė, kad jis suderintas su seniai įtvirtinta tendencija, kuri ilgainiui tapo teisiniu reikalavimu, galiausiai įtvirtintu Teisingumo Teismo ir kasacinio teismo išaiškinimais, pateiktais *Specializuotas transportas* byloje, kurie plačiau bus aptarti vėliau.

Kita vertus, kasacinis teismas patvirtino antrą labai svarbią taisyklę, nurodydamas, kad, nepaisant konkurso dalyvių statuso, jie privalo konkuruoti. Kasacinis teismas nurodė, kad sąžiningos konkurencijos apsaugos imperatyvas – iš VPĮ implicitiškai išplaukiantis reikalavimas (turint omeny reguliavimą iki 2014 m.). Tokiu išaiškinimu teismas pabrėžė konkurencijos principą, kuris vėliau buvo

³² Ten pat.

³³ Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Civilinių bylų skyriaus 2014 m. birželio 25 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-334/2014.

³⁴ Ginčo metu Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatyme buvo nurodyta, kad perkančiosios organizacijos turi reikalauti tokių pareiškimų iš konkurso dalyvių.

³⁵ ESTT byla C-538/07, *Assitur Srl prieš Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, ECLI:EU:C:2009:317.

³⁶ ESTT byla C-213/07, *Michaniki AE prieš Ethniko Symvoulío Radiotileorasis and Ypourgos Epikrateias*, ECLI:EU:C:2008:731; ESTT byla C-378/08, *Serrantoni Srl and Consorzio stabile edili Scrl prieš Comune di Milano*, ECLI:EU:C:2009:808.

įtrauktas į naująją ES viešųjų pirkimų direktyvą (Direktyvos 2014/24 18 str.). Taip pat toks teismo argumentavimas atspindi jo prokonkurencinį požiūrį ir skatina „konkurencijos institutą“, plačiau tai aprašė A. S. Graells³⁷.

Su tokiu pačiu požiūriu Lietuvos Aukščiausiasis Teismas ir toliau skatino konkurencijos principą bei plėtojo horizontaliojo interesų konflikto doktriną. Kita svarbi byla buvo *Maniga*³⁸. UAB „Maniga“ dalyvavo Klaipėdos miesto savivaldybės viešajame konkurse ir pralaimėjo kitam dalyviui – UAB „Sankryža“. Taip pat pirkime dalyvavo ir trečiasis tiekėjas – UAB „Biseris“. Pirkime sutartis buvo sudaryta su UAB „Sankryža“, UAB „Biseris“ liko antroje vietoje, o trečioje UAB „Maniga“. Byloje ieškovas UAB „Maniga“ tvirtino, kad UAB „Sankryža“ pasiūlymas turėjo būti atmestas, nes jis buvo tiesiogiai susijęs su UAB „Biseris“. Ieškovas teigė, kad abi bendrovės pažeidė skaidrumo, nediskriminavimo ir sąžiningos konkurencijos principus, nes UAB „Biseris“ priklausė 100 % UAB „Sankryža“ akcijų, turėjo tą patį vadovaujantį personalą, jų pasiūlymai turėjo tą patį rašymo stilių ir kt., o tai reiškia, kad šios bendrovės, dalyvaudamos tame pačiame pirkime, keitėsi informacija. Šios abejonės buvo padidintos dar ir dėl to, kad antroje vietoje likusio dalyvio vienintelė akcininkė prieš pateikdama pasiūlymus priėmė atitinkamus sprendimus dėl laimėtojos (vienintelės akcininkės sprendimas dėl leidimo dalyvauti viešajame pirkime, taip pat sprendimas leisti pasirašyti viešojo pirkimo sutartį). Taigi UAB „Maniga“ tvirtino, kad nėra galimybių, jog abi bendrovės nebūtų apsikeitusios informacija apie pasiūlymų komercines sąlygas, todėl bendrovių pasiūlymai turėjo būti atmesti, o viešojo pirkimo sutartis sudaryta su ieškovu.

Lietuvos Aukščiausiasis Teismas sprendimą pradėjo pabrėždamas sąžiningos ir skaidrios konkurencijos svarbą kiekvienoje viešojo pirkimo procedūroje. Teismas daugiausia nurodė nacionalinės ir ES konkurencijos teisės taisykles (įskaitant SESV 101 str.) ir sprendė, kad sąžiningos konkurencijos principas yra neatskiriama viešųjų pirkimų proceso dalis. Taip pat nurodė, kad sąžiningos konkurencijos principas yra konstitucinė vertybė, kurią reikia saugoti ir užtikrinti kiekvienoje viešojo pirkimo procedūroje. Taigi kiekvienas dalyvis turi laikytis šio principo. Teismas aiškino, kad, siekiant nustatyti teisinius ryšius tarp dalyvių, jiems taip pat turi būti taikomos konkurencijos teisės taisyklės.

Toliau Lietuvos Aukščiausiasis Teismas sprendime pateikė suderintų veiksmų viešojo pirkimo procedūroje analizę. Teismas sprendė, kad buvo nesąžininga reikalauti, jog suinteresuotoji šalis įrodytų neteisėtus susitarimus tarp kitų tiekėjų, nes informacija, kurią dalyvis turi, visada yra labai ribota. Taigi teismas, vadovaudamasis *eVigilo* bylos išaiškinimais, padarė išvadą, kad būtent perkančioji organizacija turi imtis visų pagrįstų veiksmų, siekdama išsiaiškinti, ar konkurencija buvo sąžininga.

Dėl sąžiningos konkurencijos teismas pateikė šiuos svarbius išaiškinimus. *Pirma*, veiksmų derinimas pirkimo procedūrose, įskaitant informacijos keitimąsi prieš pateikiant pasiūlymus perkančiajai organizacijai, prieštarauja nacionaliniam ir ES konkurencijos teisės reglamentavimui. *Antra*, griežtai draudžiamas bet koks tiesioginis ar netiesioginis bendravimas tarp ūkio subjektų, kurio tikslas ar padarinys yra paveikti esamų ar potencialių konkurentų elgesį ar atskleisti reikšmingą (neviešinamą) informaciją ir (arba) ketinimus, susijusius su konkurento planuojamais veiksmais rinkoje, kai tokių kontaktų tikslas arba padarinys yra nenormalių konkurencijos sąlygų atitinkamoje rinkoje atsiradimas. *Trečia*, suderintų veiksmų egzistavimo faktą leidžia patvirtinti situacija, kai tam tikras ūkio subjektų elgesys rinkoje, atsižvelgiant į įprastas atitinkamos rinkos veikimo sąlygas ir kitus rinkos paramet-

³⁷ GRAELLS, Albert Sanchez. *Competition Law Against Public Restraints in the Public Procurement Field: Importing Competition Considerations into the EU Public Procurement Directives*, p. 14 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1551380>.

³⁸ Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Civilinių bylų skyriaus 2016 m. kovo 4 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-155-415/2016

rus, negali būti paaiškinamas kitaip nei suderintų veiksmų egzistavimu. Pagrįsdamas tai, Lietuvos Aukščiausiasis Teismas rėmėsi Teisingumo Teismo byla *Ahlström Osakeyhtiö ir kt. prieš Komisiją*³⁹. Atsižvelgdamas į minėtus išaiškinimus teismas pritarė ieškovui.

Maniga byla įtvirtino horizontaliųjų interesų konfliktų draudimo pagrindą. Svarbu papildomai priminti, kad nei teismų praktika, nei Viešųjų pirkimų įstatymas⁴⁰ netrukdo susijusioms bendrovėms dalyvauti tame pačiame viešajame pirkime. Tačiau šis atvejis pabrėžė sąžiningos konkurencijos principo svarbą ir įtvirtino pagrindą atmesti tiekėjų, pažeidusių šį principą, pasiūlymus. Be to, sprendimas *Maniga* byloje leido perkančiosioms organizacijoms atmesti visų tiekėjų pasiūlymus, jei nustatomi suderintų veiksmų požymiai. Nors teismo sprendimas skatinti ir apsaugoti sąžiningą tiekėjų konkurenciją yra labai racionalus, tačiau teisinis mechanizmas tai užtikrinti liko neišvystytas.

Reikšminga pažymėti, kad Lietuvos Aukščiausiojo Teismo išaiškinimai *Pontem* ir *Maniga* bylose buvo priimti atsižvelgiant į faktus, kad viešajame pirkime dalyvavo tarpusavyje susijusios bendrovės, priklausančios tiems patiems savininkams ar įmonių grupei. Tai sukėlė tam tikrą painiavą, nes vieno ekonominio vieneto doktrina, kuri yra plačiai taikoma tiek ES, tiek nacionalinės konkurencijos teisės srityje, leidžia įvairiais būdais bendradarbiauti susijusioms bendrovėms ir tokios praktikos nelaiko prieštaraujančia SESV 101 straipsniui. Nepaisant to, kaip minėta, Lietuvos Aukščiausiasis Teismas priėmė priešingą išaiškinimą ir sprendė, kad Viešųjų pirkimų įstatymas nepateisina tokio ūkio subjektų bendradarbiavimo ir kiekvieną kartą nustačius aptartą draudžiamą praktiką tai turi būti laikoma horizontalaus interesų konflikto situacija, o konflikte dalyvavusių tiekėjų pasiūlymai – atmesti. Tokia teismo išvada yra pakankamai prieštaringa ir dėl to, kad paremta konkurencijos teisės taisyklėmis apie suderintus veiksmus, susijusias įmones ir kt. Tačiau, kol konkurencijos teisė, kuri iš esmės yra aptariamo instituto pagrindas, tokių veiksmų nelaiko prieštaraujančiais teisėtumui, Viešųjų pirkimų įstatymas, Lietuvos Aukščiausiojo Teismo nuomone, turėtų peržengti šią ribą ir laikyti juos nepriimtinais. Vis dėlto po Teisingumo Teismo išaiškinimų *Specializuotas transportas* byloje galutinai paaiškėjo SESV 101 straipsnio taikymo apimties priklausomybė, atsižvelgiant į viešojo pirkimo dalyvių ryšius.

Vėlesnėje (2017 m. pabaigos – 2018 m. pradžios) praktikoje kasacinis teismas nagrinėjo dar kelias bylas, kuriose pateikta reikšmingų teisės aiškinimo taisyklių. Šie ginčai susiję su horizontaliųjų (išorės) konfliktų situacijomis, į kurias galimai pateko nesusiję ūkio subjektai. Iš tiesų interesų konflikto situacijos tarp nesusijusių tiekėjų iš esmės negali būti, nes jei tiekėjų nesieja jokie teisėti ryšiai (jungtinė veikla, subranga, kitos bendradarbiavimo formos), vienintelė aplinkybė, kad buvo nustatyti kokie nors tokių tiekėjų neteisėti veiksmai (pavyzdžiui, vienodos pasiūlymo klaidos), labiau laikytina teisės pažeidimu. Toliau aptariamos dvi bylos iš kitų išsiskiria būtent jas siejančiu aspektu – ūkio subjektų bendradarbiavimu siekiant laimėti viešojo pirkimo konkursą ir tinkamai įvykdyti sutartį.

Pirmoje, *Kauno tiltų*, byloje⁴¹, šalių ginčas, be kita ko, kilo dėl nesusijusių ir atskirus trijose viešojo pirkimo dalyse pasiūlymus pateikusių tiekėjų veiksmų procedūros metu. Tiekėjas A, pripažintas visų dalių pagal analogiškas pirkimo sąlygas laimėtoju, tikslindamas duomenis apie savo pajėgumą (pirminiai buvo nepakankami), nurodė, kad bendradarbiaus su tiekėju B, vis dėlto toks naujas bendradarbiavimo deklaravimas buvo atliktas (pateikti ketinimų protokolai) tik dėl pirmų dviejų konkurso dalių, o dėl trečios dalies tiekėjas A kvalifikacijos duomenų nepatiksline, tai leido laimėtoju pripažinti tiekėją B, buvusį antroje vietoje. Ieškovė UAB „Kauno tiltai“ įrodinėjo, kad tokia įvykių seka kvalifikuotina kaip

³⁹ Teisingumo Teismo 1988 m. rugsėjo 27 d. sprendimas sujungtose bylose 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 ir 125/85, 129/85, ECLI:EU:C:1988:447.

⁴⁰ Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas, 2017-05-02 TAR, 2017, Nr. 2017-07550.

⁴¹ Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Civilinių bylų skyriaus 2017 m. lapkričio 30 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-354-690/2017.

draudžiamas konkurentų susitarimas, nes konkretūs jų veiksmai – vieno sutikimas bendradarbiauti pirmose dviejose dalyse, o kito kvalifikacijos duomenų nepatikslinimas trečioje dalyje t. y. tyčinis pralaimėjimas) – leido jiems laimėti atitinkamas konkurso dalis.

Šioje byloje kasacinis teismas pakartojo savo praktiką dėl ūkio subjektų draudžiamų susitarimų ir konkurencijos principo kaip iš Viešųjų pirkimų įstatymo implicitiškai išplaukiančio imperatyvo, plačiai pasisakė dėl susijusių Konkurencijos įstatymo⁴² nuostatų aiškinimo, aiškiai užtvirtino teismų poziciją, kad draudžiamu susitarimu gali būti pripažinti ir tiesioginiai ar netiesioginiai konkurentų valios ar ketinimų iškreipti rinką veiksmai, o įrodinėjimo našta paneigti priešastinį veiksmų derinimo ir tokio derinimo pasireiškimo (ūkio subjektų elgesio) rinkoje ryšį tenka antikonkurenciniais ryšiais kaltinamiems ūkio subjektams.

Kaip pažymėjo kasacinis teismas, tokio pobūdžio ginčiuose aktyvus vaidmuo tenka perkančiosioms organizacijoms, turinčioms pareigą užtikrinti viešųjų pirkimų procedūrų skaidrumą, o tiekėjas ieškovas dėl jo konkurentų santykių latentiskumo gali remtis netiesioginiais įrodymais, jam neperkeltina našta konkrečiai įrodyti Konkurencijos įstatymo⁴³ nuostatų pažeidimą. Teismo vertinimu, ieškovas „pirmiausia turi pateikti įrodymus, pagrindžiančius aplinkybes, kurių visuma rodo apie neteisėtus ūkio subjektų veiksmus, o tokiais veiksmais įtariami subjektai ir perkančioji organizacija – už viešųjų pirkimų skaidrumą atsakingas subjektas – privalo teikti ieškovo reikalavimą paneigiančius argumentus, t. y. įrodyti, kad draudžiamu susitarimu įtariamų subjektų veiksmai atitinka įprastinę verslo praktiką, buvo pagrįsti kokių nors objektyvių priežasčių ir pan.“⁴⁴.

Vis dėlto svarbiausia aptariamos nutarties žinia – teismai privalo būti aktyvūs ir kruopščiai vertinti nuo įprastos komercinės praktikos nukrypstančius ūkio subjektų veiksmus, spręsti, ar jie nepatenka į konkurencijos taisyklių taikymo sritį, o tai nustačius – papildomai taikyti teisės pažeidimo padarinius.

Antroje *Biržų autobuso parko* byloje⁴⁵ šalių ginčas buvo išimtinai susijęs su konkurentų bendradarbiavimu ir jo leistinumu bei teisėtumu, taip pat su perkančiosios organizacijos pareigomis užtikrinti ir užkardyti galimus tiekėjų draudžiamus susitarimus. Perkančioji organizacija paskelbė apie degalų pirkimą, nustatė, kad tiekėjai turi turėti galimybę perkančiajai organizacijai degalų įsigyti bent iš dviejų degalinių, kad esant gedimų vienoje nenutrūktų kuro tiekimas ir bendrovės veikla. Konkurse dalyvavo trys tarpusavyje nesusiję tiekėjai, iš kurių du, *pirma*, turėjo tik po vieną degalinę perkančiosios organizacijos veiklos teritorijoje ir dėl to, *antra*, bendrai sudarė du analogiško turinio bendradarbiavimo susitarimus. Vienas jų buvo išrinktas konkurso laimėtoju, todėl bendraieškiai, kurie patys tenkino degalinių tinklo reikalavimą, bet nelaimėjo pirkimo, apskundė jo rezultatus.

Kasacinis teismas nesutiko su apeliacinės instancijos teismo vertinimu, kad toks tiekėjų bendradarbiavimas neteisėtas, nes bet kokių atveju lemia viešojo pirkimo konkurse bendrai dalyvaujančių ūkio subjektų laimėjimo situaciją. Teismo vertinimu, tiekėjai, pateikę viešojo pirkimo konkurse savarankiškus pasiūlymus, kuriuose jie nurodyti kaip vienas kito subrangovai, *per se* (savaime) nereiškia neteisėtų šių ūkio subjektų veiksmų, jų pasiūlymai nelaikytini bendru pasiūlymu ar alternatyviais pasiūlymais. Neteisėtumas galėtų būti konstatuotas, jei būtų papildomai nustatyti kokie nors jų veiksmai, leidžiantys spręsti apie jų valią ir ketinimą iškreipti konkurenciją. Taigi kasacinis teismas iš esmės vertino, kad nesant kitų veiksmų, tiekėjų vienas kito pasitelkimas subrangovu savaime nelaikytinas draudžiamu susitarimu pagal Konkurencijos įstatymą.

⁴² Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas, 2017-01-12 TAR, 2017, Nr. 2017-01075.

⁴³ Ten pat.

⁴⁴ Ten pat, nr. 41.

⁴⁵ Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Civilinių bylų skyriaus 2018 m. kovo 29 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-112-690/2018.

Vis dėlto, nepaisant tokių ūkio subjektų bendro abipusio dalyvavimo pirkime teisėtumo, jie vis tiek patenka į horizontaliojo (išorės) intereso konflikto situaciją, kurios konkretų turinį privalėjo aiškintis pati perkančioji organizacija. Kasacinis teismas konstatavo perkančiosios organizacijos pasyvumą aiškinantis susitarimus sudariusių tiekėjų bendradarbiavimo teisėtumą ir užtikrinant pirkimo procedūrų skaidrumą. Teismo vertinimu, nagrinėjamu atveju, kai pirkimo objektas nedalomas (degalai), o pats bendradarbiavimo modelis rizikingesnis nei įprastai, be to, šalys tarpusavio susitarimuose įtvirtino nuostatas dėl kainų (pirkime ir procese nepateikta priedų dėl kainodaros), jos galėjo apsikeisti jautria informacija ir prisitaikyti viena prie kitos, o tai lemtų jų veiksmų kvalifikavimą kaip antikoncepciją. Visa tai turėjo išsiaiškinti perkančioji organizacija, o ji ne tik nepaprašė atsiųsti vieno iš sunkiai įskaitomo šalių susitarimo, bet ir neanalizavo jų turinio, nesprendė dėl jų priedų apie kainodarą.

Šioje byloje kasacinis teismas iš esmės pritaikė *eVigilo* bylos modelį, pagal kurį perkančiųjų organizacijų pasyvus elgesys nesiaiškinant, ar interesų konfliktas lemia konkurencijos iškreipimus, ar nesažiningą varžymąsi, kvalifikuojamas neteisėtu, todėl atskirai sankcionuojamo – pirmiausia rezultatu dėl į interesų konfliktą patekusių tiekėjų pasiūlymų vertinimo panaikinimo, o jei sudaryta viešojo pirkimo sutartis – jos pripažinimo niekine arba išsaugojimo kartu skiriant vieną iš alternatyvių sankcijų (baudą arba sutarties termino sutrumpinimą).

Pati naujusia ir reikšmingiausia tiekėjų horizontaliųjų (išorės) interesų konfliktų kontekste byla – *Specializuoto transporto*⁴⁶ byla. Šiame kontekste taip pat atkreiptinas dėmesys į tai, kad šio ginčo plačiaja prasme reikšmė išskirtinė ir tuo aspektu, kad iš jos išsivystė papildomai dvi bylos, kuriose kasacinis teismas pateikė reikšmingų išaiškinimų dėl perkančiųjų organizacijų teisės sustabdyti viešojo pirkimo procedūras nesant galiojančių laikinųjų apsaugos priemonių, Viešųjų pirkimų tarnybos įpareigojimo ar kito įstatyme įtvirtinto pagrindo⁴⁷; taip pat dėl pasiūlymų, kuriuose pateikta perkančiajai organizacijai pernelyg didelė, nepriimtina kaina⁴⁸.

Autorių nuomone, *Specializuoto transporto* byla iš esmės baigti suformuoti pagrindiniai tiekėjų interesų konfliktų, ypač horizontaliųjų (išorės), teismų praktikos aspektai, užpildant ar ištaisant ankstesnės jurisprudencijos nenuoseklumus ar spragas (pavyzdžiui, dėl SESV 101 str. taikymo tarpusavyje susijusių subjektų atžvilgiu). Kita vertus, reikia pažymėti, kad kasacinio teismo 2018 m. birželio 27 d. nutartis – tam tikro pobūdžio lakoniško Teisingumo Teismo sprendimo kūrybinis „vertimas“. Dėl to, manytina, kad tam tikrų, nors ir nežymių, naujų išaiškinimų Teisingumo Teismo praktikoje potencialiai gali būti.

Specializuoto transporto bylos faktinės aplinkybės yra panašios į jau aptartą *Maniga* bylos atvejį. Šiaulių miesto savivaldybė atliko komunalinių atliekų surinkimo ir transportavimo į jų apdoravimo vietas viešąjį pirkimą. Pirkime dalyvavo keturi dalyviai, du iš jų buvo susijusios bendrovės su tuo pačiu akcininku (patronuojančia įmone) ir valdyba. Trečiasis konkurso dalyvis (ieškovas) pradėjo teisminį procesą prieš perkančiąją organizaciją ir dvi susijusias bendroves, jo teigimu, pastarųjų pasiūlymai turėjo būti atmesti remiantis *Maniga* bylos pagrindais, o viešojo pirkimo sutartis sudaryta su ieškovu.

Reikia pasakyti, kad Lietuvos Aukščiausiasis Teismas, *inter alia*, atsižvelgdamas į skundžiamuose procesiniuose sprendimuose padarytas išvadas, šalių ginčą nagrinėjo plačiau nei ankstesnes bylas dėl

⁴⁶ Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Civilinių bylų skyriaus 2018 m. birželio 27 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-317-469/2018 (kasacinio teismo paklausimas: 2016 m. spalio 11 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-439-469/2016, atsakymas į jį – Teisingumo Teismo 2018 m. gegužės 17 d. sprendimas byloje C-531/16).

⁴⁷ Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Civilinių bylų skyriaus 2017 m. gegužės 4 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-219-690/2017.

⁴⁸ Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Civilinių bylų skyriaus 2018 m. gegužės 21 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-40-969/2018.

susijusių tiekėjų *horizontaliųjų* interesų konfliktų. Kasacinis teismas nurodė šiuos svarbius dalykus: (i) susijusių tiekėjų *ex ante* pareigą perkančiajai organizacijai išviešinti ekonominius ryšius; (ii) dėl perkančiosios organizacijos aktyvaus vaidmens aiškinantis galimas nesąžiningos konkurencijos apraiškas įgyvendinimo ir jos pasyvumo padarinių; (iii) dėl susijusių tiekėjų nesąžiningo konkuravimo įrodinėjimo ir įrodinėjimo naštos paskirstymo; (iv) dėl šalių ginčui dėl susijusių tiekėjų galimai nesąžiningo konkuravimo taikytinos teisės.

Aptariamoje byloje kasacinio teismo galutinai pasisakyta dėl galimybės taikyti SESV 101 straipsnio nuostatas susijusiems tiekėjams, kai dėl jų ryšių glaudumo interesų konflikto situacija neišvengiamai reiškia nesąžiningą (nesavarankišką) dalyvavimą. Iš tiesų iš paties kasacinio teismo paklausimo Teisingumo Teismui matyti, kad iš dalies, nors ir pritariant ankstesnei nacionalinei jurisprudencijai, buvo abejojama dėl jos atitikties Teisingumo Teismo aiškinimams. Nesiplečiant į priešingų pozicijų diskursą šiuo klausimu, pažymėtina, kad Teisingumo Teismas, primindamas trijų dešimtmečių senumo praktiką, pagal kurią SESV 101 straipsnis netaikomas ūkio subjektams, jei jie sudaro vieną ekonominį vienetą, šiam klausimui nesuteikė daug reikšmės tiek dėl formos (iš esmės skirtos dvi pastraipos plačiau neatsakant tiek į kasacinio teismo, tiek į ieškovės argumentus šioje dalyje), tiek dėl turinio: Teisingumo Teismo vertinimu, atsižvelgiant į teisiniame reguliavime įtvirtintą bei šiuo atveju taikytiną tiekėjų lygiateisiškumo principą, SESV 101 straipsnio taikymas tampa nereikšmingu.

Manytina, kad tokią Teisingumo Teismo poziciją galėjo lemti tai, jog buvo nepastebėta Lietuvos teisinio reguliavimo ypatybė (Teisingumo Teismas sprendimo įvadinėje dalyje nacionalinio reguliavimo apskritai nenurodė), kad rimtas profesinis pažeidimas gali būti laikomas konkurencijos teisės aktų pažeidimas. Iš tiesų pritariama Teisingumo Teismo pozicijai, kad, nustačius suderintų pasiūlymų atvejį, tokių tiekėjų veiksmų neteisėtumą galima kvalifikuoti viešųjų pirkimų principų pagrindu. Vis dėlto SESV 101 straipsnio nuostatų netaikymas iš esmės riboja tiekėjus ieškovus siekti, kad nesavarankiškus pasiūlymus pateikę tiekėjai būtų pripažinti padarę rimtą profesinį pažeidimą ir negalėtų trejus metus dalyvauti viešojo pirkimo konkursuose⁴⁹. Lietuvos Aukščiausiasis Teismas iš esmės perėmė ir lakoniškai atkartoją Teisingumo Teismo išaiškinimą dėl SESV 101 straipsnio netaikymo susijusiems ūkio subjektams. Įdomu pažymėti, kad kasacinis teismas *Specializuoto transporto* bylos ginčo atveju – dviejų tarpusavyje susijusių tiekėjų pasiūlymų vertinimui – kūrybiškai „aukštyn kojomis apvertė“ modelį „netaikytina teisė“ į „taikytina teisė“, t. y. SESV 101 straipsnio netaikymas tapo prielaida ir pagrindu pagrįsti naują tokių atvejų sprendimą.

Kasacinio teismo vertinimu, jei susijusių tiekėjų pasiūlymams vertinti SESV 101 straipsnio nuostatos netaikytinos, tai tokių ūkio subjektų veiksmų neteisėtumui konstatuoti nereikia nustatinėti pagrindinių šios normos elementų, *a fortiori*, šalių susitarimo iškreipti rinką. Atsižvelgiant į tai, į neteisėtą ir neištaisomą horizontaliųjų interesų konflikto situaciją patenka tiekėjai, nepaisant jų bendros valios, jų susitarimo. Dėl to iš esmės pakanka tik vieno iš jų veiksmų. Tai visiškai priešingas požiūris žvelgiant iš *Manigos, Biržų autobusų parko, Kauno tiltų* bylų perspektyvos, kurios *raison d'être* pagrįstas susitarimo nustatymu. Kaip nurodė kasacinis teismas, konkreti susijusių subjektų ryšio įtaka jų pasiūlymų nepriklausomumui gali būti nustatyta ir pagal vieno iš jų elgesį, veiksmus, nereikalaujant įrodyti, kad kitas apie juos žinojo; pakanka nustatyti, ar vieno susijusio subjekto veiksmai (teisėti ar neteisėti) sudarė sąlygas kitam subjektui iš to gauti naudos.

⁴⁹ Būtent tokiu keliu ėjo ir UAB „Maniga“, kuri po aptartos 2016 m. kovo 4 d. kasacinio teismo nutarties inicijavo naują teismo procesą prieš Konkurencijos tarybą, kuri atmetė jos prašymą pradėti tyrimą dėl draudžiamo susitarimo nustatymo. Žr. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2018 m. balandžio 11 d. nutartį administracinėje byloje Nr. eA-568-502/2018.

Tokios pozicijos pagrįstumas iš dalies atsispindi ir pačioje kasacinio teismo nutartyje, kurioje atsižvelgiama į Teisingumo Teismo praktiką. Viena vertus, tarpusavyje susijusių asmenų dalyvavimas atskirai tame pačiame pirkime neišvengiamai sukuria papildomų rizikų ir grėsmių, bet kokiu atveju jis neprilygsta potencialaus konkrencijos iškraipymo atžvilgiu įprastiniam nesusijusių asmenų varžymuisi. Kita vertus, pagal nuosekliai suformuotą Teisingumo Teismo ir Lietuvos Aukščiausiojo Teismo jurisprudenciją, susijusių asmenų dalyvavimas viename pirkime kaip atskirų dalyvių *per se* yra teisėtas, o automatinis tokių tiekėjų pašalinimas – neproporcingas. Taigi kasaciniam teismui teko ieškoti pirmiau nurodytų elementų (reiškinių) pusiausvyros, suderinamumo.

Visų suinteresuotų šalių interesų pusiausvyros modelis iš esmės reiškia, kad tarpusavyje susijusiems tiekėjams iš esmės leidžiama pateikti atskirus pasiūlymus, tačiau jų dalyvavimas yra apsunkinamas tam tikromis priemonėmis: *pirma*, papildomu privalomu perkančiosios organizacijos dėmesiu aiškinantis dėl subjektų sąsajos turinio ir jo poveikio, *antra*, dėl tam tikrų, nuo įprastinės verslo ir viešųjų pirkimų praktikos nukrypstančios subjektų praktikos vertinimo jų nenaudai.

Dėl pirmojo aptariamo modelio elemento – perkančiosios organizacijos papildomo aiškinimosi dėl susijusių tiekėjų sąsajos – pirmiausia pažymėtina, kad Teisingumo Teismas pritarė kasacinio teismo paklausime pareikštoms abejonėms dėl dalyvių pareigos savo iniciatyva nesant atitinkamų teisinio reguliavimo ar pirkimo sąlygų nuostatų organizacijai deklaruoti, kad konkurse dalyvauja (gali dalyvauti) su jais susiję ūkio subjektai. Taigi vien tai, kad nesant nustatytos aiškios tokios pareigos tiekėjams, šie nedeklaruoja savo ryšių, tarpusavio susijusių tiekėjų pasiūlymai negali būti vertinami mažiau palankiai (šioje byloje pirmosios ir apeliacinės instancijos teismai iš dalies susijusių asmenų veiksmų derinimą pagrindė jų nedeklaravimu apie tarpusavio sąsajas) ar atmetami. Tokia pozicija iš esmės atitinka bendrąją kasacinio teismo praktiką tiekėjų pasiūlymus vertinti išimtinai pagal pirkimo sąlygas⁵⁰.

Vis dėlto tai kartu ir nereiškia, kad, tiekėjams neturint papildomų pareigų, perkančioji organizacija taip pat gali likti pasyvi. Atvirkščiai, jai taikoma *eVigilo* byloje suformuota didesnė pastabumo ir iniciatyvumo kartelė. Net jei pirkimo sąlygos ar teisinis reguliavimas neįtvirtinta tiekėjų pareigų pateikti sąžiningo dalyvavimo pirkime deklaracijas, perkančioji organizacija pati gali žinoti apie kelių dalyvių tarpusavio sąsają (kaip tai nutiko ir šiuo atveju) arba jai tokią informaciją gali pateikti kiti dalyviai ar tretieji asmenys. Tokiu atveju ji privalo imtis visų būtinų priemonių, pirmiausia išsiaiškinti tiekėjų tarpusavio sąsajumo pobūdį, jo reikšmę šalių nepriklausomumui ir konkrečią įtaką dalyvavimui atitinkamame pirkime.

Dėl antrojo aptariamo modelio elemento – tarpusavyje susijusių asmenų pasiūlymų vertinimo – pirmiausia atkreiptinas dėmesys į tai, kad, priešingai nei *eVigilo* ar *Biržų autobusų parko* bylų atveju, perkančiosios organizacijos pasyvumas aiškinantis horizontaliųjų interesų konflikto įtaką sąžiningam tiekėjų varžymuisi *per se* nelemia pačių griežčiausių padarinių, *inter alia*, neskaidriomis pripažintų konkurso sąlygų vertinimo neteisėtomis ir atitinkamų teisinių priemonių taikymo. Tai – esminis skirtumas, vertinant vertikaliųjų (vidaus) konfliktų atvejus, iš esmės pagrįstas vertinimu, kad susijusių asmenų dalyvavimas viename pirkime *per se* teisėtas.

Tam tikras neaiškumas išlieka horizontaliųjų (išorės) konfliktų situacijoms vertinant tarpusavyje nesusijusių tiekėjų pasiūlymus. Kaip nurodyta pirmiau, *Biržų autobusų parko* byloje pritaikyta *eVigilo* taisyklė dėl pirkimo procedūrų vertinimo neskaidriomis dėl perkančiosios organizacijos pasyvumo, o šioje, *Specializuoto transporto* byloje, iš esmės laikytasi priešingos pozicijos. Aptariamą neaiškumą sustiprina tai, kad kasacinis teismas *Specializuoto transporto* byloje atskirai pažymėjo, kad dėl

⁵⁰ Žr. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Civilinių bylų skyriaus teisėjų kolegijos 2017 m. vasario 14 d. nutartį civilinėje byloje Nr. e3K-7-32-248/2017.

privalomai taikytinų Teisingumo Teismo išaiškinimų nereikia taikyti precedentų keitimo taisyklių. Greičiausiai tik vėlesnė kasacinio teismo praktika aiškiai atsakys į klausimą, ar visais horizontaliųjų konfliktų atvejais perkančiųjų organizacijų pasyvumas sukelia vienodus padarinius.

Bet kokiu atveju *Specializuoto transporto* byla galutinai įtvirtino perkančiųjų organizacijų pareigą veikti aktyviai aiškinantis, ar konkreti kelių tiekėjų situacija nelems pirkimo procedūrų neskaidrumo. Kasacinis teismas iš esmės nepalaikė perkančiosios organizacijos ir pirkimo laimėtojos pozicijos, kad perkančiosioms organizacijoms pačioms, kilus abejonų, turi būti suteikta teisė nuspręsti, ar sužinojimas apie kelių tiekėjų tarpusavio ryšius vertas tolesnio tyrimo ar ne. Atkreiptinas dėmesys į tai, kad tokią poziciją Teisingumo Teismui siūlė ir generalinis advokatas⁵¹. Kasacinio teismo vertinimu, priešinga pozicija suponuotų pernelyg plačią perkančiųjų organizacijų diskreciją, nederančią su jų pareiga užtikrinti viešojo pirkimo skaidrumą ir tiekėjų lygiateisiškumą. Atkreiptinas dėmesys į tai, kad tiek Teisingumo Teismas, tiek Lietuvos Aukščiausiasis Teismas perkančiųjų organizacijų konkrečias pareigas nustatė tik dėl bendrųjų viešųjų pirkimų principų, ir, kitaip nei tiekėjų atžvilgiu, nesant atitinkamo pozityvaus reguliavimo.

Kita vertus, kaip jau buvo nurodyta, šiuo atveju perkančiosios organizacijos pasyvumas savaime nereiškia, kad į horizontalųjį interesų konfliktą patekę susiję asmenys iškreipė konkurenciją, nes pats jų dalyvavimas yra teisėtas. Atsižvelgiant į tai, pirkimo procedūrų metu perkančiosioms organizacijoms, o civiliniame procese – teismams tenka pareiga aiškintis ir nustatyti, ar nėra kokių nors kitų veiksmų, kurie leistų daryti išvadą, kad susijusių tiekėjų sąsaja darė įtaką jų pasiūlymų turiniui ir dalyvavimo nepriklausomumui. Kaip nurodė kasacinis teismas, „susijusių asmenų antikoncepcinė elgesį galima nustatyti iš konkrečių aplinkybių, *inter alia*, netiesioginių įrodymų, kurie būtų objektyvūs ir nuoseklūs (o susijusiems asmenims būtų suteikta teisė pateikti priešingų įrodymų), visumos, nereikalaujant konkrečiai konstatuoti, kad susiję asmenys susitarė veikti nesavarankiškai, nesąžiningai“⁵².

Nagrinėjamoje byloje kasaciniam teismui nustatytų aplinkybių – vieno iš susijusių tiekėjų, kurio pasiūlymas buvo mažiausios kainos, tačiau dėl neatitikties pirkimo sąlygoms buvo atmestas, pasyvumas (nepateikė pretenzijos ir ieškinio teismui) ir vėlesnis neįprastas elgesys (apeliaciniame skunde gynė perkančiosios organizacijos veiksmų teisėtumą) – pakako, kad būtų konstatuota, jog susijusių ūkio subjektų ryšiai turėjo įtakos jų pasiūlymų turiniui ir nepriklausomumui.

Iš *Specializuoto transporto* bylos formuojamos taisyklės tiek susijusiems tiekėjams, tiek perkančiosioms organizacijoms. Pirmiausia susijusiems tiekėjams, kurie turi suprasti, kad dėl patekimo į interesų konfliktą, kuris savaime nėra neteisėtas, jų veiksmai ir elgesys perkančiųjų organizacijų ir ypač teismų nuo šiol bus (turėtų būti) vertinamas kitaip – daug kruopščiau ir „priekabiau“. Pavyzdžiui, teisėtas apsisprendimas neinicijuoti peržiūros procedūros, ypač kai pasiūlymo atmetimas, kaip ir vienoje aptartų bylų, nebuvo akivaizdžiai pagrįstas, dėl ekonominio racionalumo ar kitokių priežasčių, gali būti kvalifikuotas kaip pakankamas siekiant konstatuoti susijusių asmenų dalyvavimo nesavarankiškumą. Be to, tokiems tiekėjams iš esmės tenka įrodinėjimo našta įtikinamai ir patikimai paaiškinti, kodėl jie procedūrų metu pasielgė vienaip, o ne kitaip, taip pat kad tokiais veiksmais buvo siekiama teisėtų tikslų ir pan.

Perkančiosios organizacijos taip pat po *Specializuoto transporto* bylos turėtų pakeisti savo buvusią praktiką vertinant susijusių tiekėjų pasiūlymus bei veikti nepalyginti atidžiau, nes kiekviena objektyvi ar kiek labiau pagrįsta abejonė dėl susijusių asmenų veiksmų procedūrų metu iš esmės gali lemti jų baigtį ar kitus neigiamus padarinius.

⁵¹ Generalinio advokato M. Manuel Campos Sánchez- Bordona 2017 m. lapkričio 22 d. išvada byloje *Specializuotas transportas, C-531/16*, ECLI:EU:C:2017:883.

⁵² Ten pat, nr. 46.

Interesų konflikto samprata pagal Direktyvą 2014/24

Direktyvos 2014/24 preambulės 16 punkte nurodoma, kad *perkančiosios organizacijos turėtų pasinaudoti visomis pagal nacionalinę teisę turimomis priemonėmis siekdamos užkirsti kelią viešojo pirkimo procedūrų iškreipimams, kylantiems dėl interesų konfliktų. Tai, be kita ko, galėtų būti procedūros, skirtos nustatyti interesų konfliktus, užkirsti jiems kelią ir juos šalinti.* Šių nuostatų pratesimas, kuris, be kita ko, yra privalomojo pobūdžio, yra pateiktas Direktyvos 24 straipsnyje, kuriame nurodoma, kad *valstybės narės užtikrina, kad perkančiosios organizacijos imtųsi tinkamų priemonių, kad būtų veiksmingai užkertamas kelias interesų konfliktams, kylantiems vykdant pirkimo procedūras, ir kad jie būtų veiksmingai nustatomi ir šalinami, siekiant išvengti konkurencijos iškreipimo bei užtikrinti visų ekonominės veiklos vykdytojų lygiateisiškumą.* Taip pat yra paaiškinta, kad *interesų konfliktų koncepcija turi apimti bent visus atvejus, kai perkančiosios organizacijos darbuotojai arba perkančiosios organizacijos vardu veikiančio pirkimo paslaugų teikėjo darbuotojai, kurie dalyvauja vykdant pirkimo procedūrą arba gali padaryti poveikį tos procedūros rezultatams, turi tiesioginį arba netiesioginį finansinį, ekonominį ar kitokį asmeninį suinteresuotumą, kuris galėtų būti laikomas kenkiančiu jų nešališkumui ir nepriklausomumui vykstant pirkimo procedūrai.*

Lingvistiškai aiškinant šį Direktyvos 2014/24 tekstą akivaizdu, kad tai yra valstybių narių pareiga užtikrinti, kad nacionaliniuose viešųjų pirkimų įstatymuose būtų įdiegtas interesų konfliktų institutas. Taigi tai nėra tik teisinga, bet ir privaloma.

Antras svarbus aspektas, susijęs su interesų konflikto koncepcija, yra tas, kad 24 straipsnyje neapibrėžiamos šiame moksliniame darbe aptartos konfliktų rūšys. ES teisinis reguliavimas interesų konflikto sąvokos neišskaido į dvi rūšis, t. y. vertikaliuosius (vidaus) ir horizontaliuosius (išorės) interesų konfliktus. Todėl kyla klausimas, ar ES viešųjų pirkimų teisė įtvirtina abi, ar tik vieną iš šių kategorijų? Kaip nurodyta pirmiau, Direktyvos 2014/24 24 straipsnyje nustatyta, kad *interesų konfliktai turi apimti bent visus atvejus, kai perkančiosios organizacijos darbuotojai arba perkančiosios organizacijos vardu veikiančio pirkimo paslaugų teikėjo darbuotojai patenka į interesų konflikto situacijas.* Teisės normoje tiesiogiai nurodomi perkančiosios organizacijos atstovai, *veikiantys jos pavedimu*, t. y. jos vardu, interesais ir nauda. Tai rodo, kad Direktyvos 2014/24 24 straipsnis *a priori* apima vertikalojo (vidaus) interesų konflikto situacijas, nes nurodomi perkančiosios organizacijos atstovai ir interesų konflikto situacijos siejamos su vidaus reikalais, t. y. situacijomis, kurių atsiranda (bent jau iš dalies) perkančiosios organizacijos viduje.

Tačiau svarbu pažymėti ir tai, kad šioje teisės normoje numatoma, jog konflikto situacijos apima *bent* visus tuos atvejus, kai dalyvauja perkančiosios organizacijos atstovai. „Bent“ reiškia minimalią ribą, bet ar Direktyvos rengėjai siūlo, kad gali būti ir maksimali riba? Atsakymas yra teigiamas ir neigiamas. Sisteminis Direktyvos aiškinimas leidžia manyti, kad interesų konfliktas, kaip apibrėžta 24 straipsnyje, yra vertikalusis (vidaus). Pavyzdžiui, 57 straipsnio 4 dalies d punkte ir 57 straipsnio 4 dalies e punkte reglamentuojami du skirtingi ūkio subjekto galimi (Lietuvos Respublikoje – privalomi) pašalinimo iš viešojo pirkimo procedūros pagrindai. Tačiau, kaip matyti iš Direktyvos teksto, 57 straipsnio 4 dalies d punkte nurodomos horizontaliųjų (išorės) interesų konflikto situacijos, o 57 straipsnio 4 dalies e punkte apsiribojama fraze „interesų konfliktas“ ir tiesiogiai nukreipiama į 24 straipsnį. Taigi 57 straipsnyje išskiriamos dvi interesų konflikto rūšys, o tai, aiškinant kartu su 24 straipsniu, leidžia daryti išvadą, kad pastarosios Direktyvos nuostatos nurodo vertikaliuosius (vidaus), bet ne horizontaliuosius (išorės) interesų konfliktus. Tai yra dėl minėtų teisės normų konstrukcijos horizontalieji (išorės) interesų konfliktai patenka į atskirą teisės normą (57 str. 4 d. d p.), be jokios nuorodos į Direktyvos 2014/24 24 straipsnį.

Dviprasmiška interesų konfliktų reikšmė pateikta Direktyvos 58 straipsnio 4 dalyje, kurioje teigiama, kad perkančioji organizacija gali laikyti, kad tiekėjas neturi reikalaujamo profesinio pajėgumo, jeigu nustato tiekėjo interesų konfliktą, galintį neigiamai paveikti pirkimo sutarties vykdymą. Šioje normoje trūksta nuorodų, iš kur minimas interesų konfliktas kyla: ar iš tiekėjo sąveikos su perkančiąja organizacija ir jos atstovais, o tai leistų manyti, kad 58 straipsnio 4 dalyje kalbama apie vertikaliuosius (vidaus) interesų konfliktus, ar iš tiekėjo veiksmų, nesusijusių su perkančiąja organizacija, tada darytina priešinga išvada. Tačiau 58 straipsnio 4 dalyje tiesiog minimi interesų konfliktai. Taigi, jei laikytumėmės anksčiau pateikto aiškinimo, tai reikštų, kad 58 straipsnio 4 dalyje kalbama apie vertikaliuosius (vidaus), o ne horizontaliuosius (išorės) interesų konfliktus. Be to, pačios praktiškiausios situacijos, aprašytos 58 straipsnio 4 dalyje, yra susijusios su vertikaliaisiais (vidaus) interesų konfliktais. Pavyzdžiui, jeigu ūkio subjektas perkančiajai organizacijai, su kuria turi atitinkamus santykius, pats nurodo konkretų kvalifikacinį reikalavimą, kuris bus naudojamas vykdant viešojo pirkimo sutartį ir kurį tikrins perkančioji organizacija, visa tai lemia interesų konflikto situaciją. Todėl, manytina, kad 58 straipsnio 4 dalyje įtvirtinti vertikalieji (vidaus) interesų konfliktai ir vėlgi aiškinant kartu su Direktyvos 24 straipsniu, pastaroji teisės norma taip pat nukreipia į tą pačią interesų konflikto rūšį. Tas pats pasakytina ir apie Direktyvos 2014/24 83 straipsnio 3 dalį.

Kita vertus, Direktyvos 24 straipsnyje vartojamas žodis „bent“ rodo, kad situacijų gali būti daugiau ir skirtingesnių nei aprašyta, o tai gali lemti platesnį 24 straipsnio interpretavimą ir horizontalių (išorės) interesų konfliktų įtraukimą į šio straipsnio taikymo sritį.

Kitas svarbus Direktyvos 2014/24 24 straipsnio bruožas yra plati jo taikymo sritis *ratione personae*. Straipsnis taikomas darbuotojams, ekspertams ir apskritai visiems, kurie veikia viešojo pirkimo procedūrose perkančiosios organizacijos vardu. Teisės norma netgi apima perkančiųjų organizacijų išorės konsultantus, nes „paslaugų teikėjai“ taip pat įtraukti į 24 straipsnio „menu“ . Vis dėlto kyla klausimas, kiek plačiai aiškintina ši teisės norma. Tarkime, privatus konsultantas, dirbantis pagal viešąją paslaugų teikimo sutartį, teikia perkančiajai organizacijai teisinės konsultacijas dėl viešųjų pirkimų procedūrų. Kitas tos pačios įmonės klientas (pavyzdžiui, advokatų kontoros klientas, dirbantis su perkančiąja organizacija) dalyvauja tame pačiame viešajame pirkime. Ar tai automatiškai reiškia, kad yra interesų konfliktas, kaip tai apibrėžta Direktyvos 2014/24 24 straipsnyje? Ar turėtų būti tam tikras testas, kurį atlikus, būtų nustatytas esamas interesų konfliktas. Autorių nuomone, 24 straipsnis negali būti taikomas automatiškai. Neginčijama, kad pastarosios teisės normos turėtų būti aiškinamos *largo sensu*. O sprendimas turi būti priimtas atsižvelgiant į visas aplinkybes, leidžiančias nustatyti, kad egzistuoja tikras ar bent jau labai akivaizdus interesų konfliktas, o ne hipotetinis ir pernelyg nutolęs.

Pavyzdžiui, atsižvelgiant į pirmiau minėtą teisinio patarėjo pavyzdį, autorių nuomone, svarbūs tinkamo sprendimo priėmimo kriterijai galėtų būti informacijos pobūdis, kurią konsultantas turi arba turėjo dirbdamas su perkančiąja organizacija ir kitu klientu, faktų buvimas apie tokios konfidencialios informacijos galimą perdavimą (nutekėjimą), taip pat kokie santykiai siejo su kitu klientu (nuolatiniai ar vienkartiniai) ir kt. Kitaip tariant, vargiai būtų galima konstatuoti interesų konfliktą pagal Direktyvos 2014/24 24 straipsnį, jei kas nors teigia, kad jo konkurentas, kuris dalyvauja viešajame pirkime, buvo konsultuojamas santuokos nutraukimo klausimais to paties teisinio patarėjo, kuris teikia savo paslaugas perkančiajai organizacijai dėl viešojo pirkimo. Priešingu atveju per platus ir neribotas 24 straipsnio taikymas lemtų situaciją, kai viešųjų pirkimų konsultantai negalėtų teikti savo paslaugų perkančiosioms organizacijoms. Būtent dėl šios priežasties autoriai tiki, kad 24 straipsnis apima tris papildomas *sine qua non* sąlygas, reikalingas minėtomis teisės normoms taikyti.

Pirma, perkančiosios organizacijos atstovai turi turėti tiesioginį arba netiesioginį finansinį, ekonominį ar kitokį asmeninį interesą. *Antra*, toks interesas gali pakenkti jų nešališkumui ir nepriklausomumui. *Galiausiai*, tokia situacija gali iškreipti konkurenciją ar pažeisti nediskriminavimo ir lygiateisiškumo

principus. Tai nereiškia, kad, įgyvendinant 24 straipsnį, perkančioji organizacija turi tapti ikiteisminio tyrimo institucija ir įrodyti, kad yra visos šios sąlygos⁵³. Kiekvienu atveju sprendimas turi būti priimtas atsižvelgiant į proporcingumo principą. Toks aiškinimas atitinka 57 straipsnio 4 dalies e punktą, pagal kurį konkurso dalyvį galima pašalinti remiantis 24 straipsniu tik tuo atveju, jei nėra kitų mažiau varžančių priemonių. Kita vertus, kitoks rezultatas gali kilti situacijose, nurodytose 57 straipsnio 4 dalies d punkte, pagal kurį reikalaujama, kad konkurso dalyvis būtų pašalintas iš viešojo pirkimo procedūros, kai tik yra nustatomi horizontaliojo (išorės) interesų konflikto faktai, o perkančioji organizacija „turi pakankamai įtikinamų duomenų“.

Galiausiai, svarbu atkreipti dėmesį į tai, kad Direktyvoje 2014/24 aptariama dar viena *sui generis* vertikaliojo (vidaus) interesų konflikto situacija, kuri nėra reglamentuojama 24 straipsnyje, o reguliuojama 41 straipsnyje. Joje nurodoma, kad perkančioji organizacija turi imtis visų reikiamų priemonių, siekiant užtikrinti sąžiningą konkurenciją ir principų laikymąsi, jei dalyvis, kuris anksčiau padėjo pasirengti pirkimui, taip pat dalyvauja viešajame pirkime. Be plačios analizės, pakanka pasakyti, kad 41 straipsnyje kodifikuojamos *Fabricom*⁵⁴ bylos taisyklės. Pagal 57 straipsnio 4 dalies f punktą leidžiama pašalinti tokį tiekėją, taip pat kaip ir 57 straipsnio 4 dalies e punkte, jei situacija negali būti ištaisyta mažiau varžančiomis priemonėmis.

Išvados

Prieš pateikdami mūsų tyrimu pagrįstas išvadas, turėtume grįžti prie pirmiau minėtų interesų konflikto pobūdžio viešųjų pirkimų teisėje klausimų. Taigi, kas yra interesų konfliktas ES viešųjų pirkimų teisės požiūriu? Ar tai yra ES teisės apibrėžimas? Ar situacija yra kritinė, jei interesų konfliktas egzistuoja? Ar vien *situacijos* buvimas jau reiškia viešųjų pirkimų teisės pažeidimą? Jei taip, ką tai lemia? Pasiūlymų atmetimą? Perkančiųjų organizacijų ar dalyvių sankcionavimą?

Pirma, autorių nuomone, ES viešųjų pirkimų teisė, įskaitant Direktyvos 2014/24 24 ir kitus straipsnius, kuriuose paminėtas interesų konfliktas, taip pat atitinkamą teismų praktiką, turėtų išlaikyti tradicinį interesų konflikto sąvokos supratimą. Pastaroji turėtų būti suprantama kaip *situacija*, kuri nėra savaime neteisėta, bet kuri gali sukelti neigiamų padarinių, t. y. konkurencijos iškreipimą, neskaidrumą, diskriminacinę ir nelygiateisišką aplinką, jei tik nebus imtasi tinkamų priemonių.

Antra, situacijų skirstymas į dvi kategorijas – vertikaliuosius (vidaus) ir horizontaliuosius (išorės) interesų konfliktus yra prasmingas ir praktiškai pritaikomas. Nors abi šios kategorijos *expressis verbis* nėra nurodytos Direktyvos 2014/24 24 straipsnyje, būtų racionalu, jei kartu su Teisingumo Teismo patektu interpretavimu, interesų konflikto sąvoka, įskaitant abi jo formas, būtų laikoma ES teisės apibrėžimu ir vartojama viešųjų pirkimų praktikoje.

Trečia, horizontalieji (išorės) interesų konfliktai apima įvairaus tipo neteisėtą bendradarbiavimą tarp ekonominės veiklos vykdytojų ir konkurso dalyvių su skirtingais ekonominiais ir teisiniais ryšiais. Remiantis ES ir nacionaliniu viešųjų pirkimų reguliavimu, horizontalusis (išorės) interesų konfliktas yra situacija, kai du ar daugiau ūkio subjektų užsiima antikonkurencine veikla ar slapta bendradarbiauja viešajame pirkime turėdami tikslą nuslėpti šiuos veiksmus ir pasipelnyti iš perkančiosios organizacijos taip paneigiant sąžiningą konkurenciją bevykstančioje pirkimo procedūroje. Nesvarbu, ar konkurso dalyviai yra susiję ir yra vieno ekonominio vieneto dalis pagal konkurencijos teisės taisykles, ar jie yra visai nesusiję ir veikia *ad hoc* pagrindu. Nors ekonominės veiklos vykdytojų veiksmai yra teisėti

⁵³ Reikėtų priminti, kad pagal *eVigilo* ir *Specializuotas transportas* doktriną, perkančioji organizacija yra atsakinga už atitinkamos informacijos surinkimą.

⁵⁴ ESTT byla C-21/03, *Fabricom SA prieš Belgian State*, ECLI:EU:C:2005:127.

konkurencijos teisės požiūriu, tačiau tokie jie nebus viešųjų pirkimų teisės požiūriu. Visada bus iškraipoma konkurencija ir iš esmės pažeidžiami viešųjų pirkimų principai (Direktyvos 2014/24 18 str.), jei konkurencija nėra tikra ar ji yra imituojama.

Ketvirta, Direktyvos 2014/24 18 straipsnis negali būti aiškinamas kaip automatiškai reikalaujantis, kad ekonominės veiklos vykdytojai atskleistų bet kokius tarpusavio santykius, nebent tai būtų tiesiogiai nurodyta nacionalinės teisės aktuose arba viešojo pirkimo dokumentuose. *eVigilo* doktrinos taikymas turėtų būti išplėstas ir taikomas ne tik vertikalųjų (vidaus), bet ir horizontalųjų (išorės) interesų konfliktų atvejais. Perkančioji organizacija turėtų atlikti pagrindinį vaidmenį viešojo pirkimo procedūrose, būti aktyvi ir imtis visų teisinių priemonių siekdama nustatyti, ar yra interesų konflikto situacija, dėl kurios galėtų būti iškraipyta konkurencija. Perkančiosios organizacijos elgesys, kai ji (i) nesiima iniciatyvos arba (ii) jei jos veiksmai buvo neveiksmingi ir nepakankami, nors jai buvo prieinami visi reikiami ištekčiai ir įgaliojimai siekiant nustatyti ir neutralizuoti konkurencijos iškraipymą interesų konflikto forma, turi lemti atitinkamų jos sprendimų panaikimą. Tiekėjų, atsidūrusių horizontaliojo (išorės) interesų konflikto situacijoje, pasiūlymai *privalo* būti atmesti remiantis Direktyvos 57 straipsnio 4 dalies e punktu ir *gali* būti atmesti vertikaliojo (vidaus) interesų konflikto atveju remiantis 57 straipsnio 4 dalies e punktu ir 57 straipsnio 4 dalies f punktu, jei padėtis negali būti ištaisyta. Nėra racionalaus paaiškinimo, kodėl ES viešųjų pirkimų teisė reikalauja ištaisyti vieną situacijų grupę prieš atmetant pasiūlymus ir kodėl tai draudžiama, kai kalbama apie kitos rūšies atvejus. Šių dviejų tipų balansas galėtų būti proporcingumo principas, kuris gali išsaugoti „horizontaliai konfliktuojančius“ pasiūlymus pritaikius mažiau griežtas priemones nei pasiūlymų atmetimas ir dalyvių pašalinimas, be kita ko, kartu pratęsiant sąžiningos konkurencijos sąlygas. Tačiau bet kuriuo atveju svarbu pažymėti, kad ES viešųjų pirkimų teisė nustato apibrėžtas ir specifines sankcijas tiek perkančiosioms organizacijoms, tiek konkurso dalyviams, jei nustatomas interesų konfliktas ar iškraipoma sąžininga konkurencija dėl bet kurio iš jų kaltės.

Penkta, tiek vertikaliojo (vidaus) (Direktyvos 2014/24 24 str.), tiek horizontaliojo (išorės) interesų konflikto atveju turi būti priimamas nuoseklus sprendimas, tiesiogiai nurodant proporcingumo principą. Nors nagrinėjamos Direktyvos nuostatos turi būti aiškinamos plačiai, tačiau jos neturi kliudyti veiksmingai ir tinkamai viešųjų pirkimų procedūrai bei neturi sudaryti neproporcingai didelės administracinės naštos perkančiajai organizacijai ir konkurso dalyviams. Pasiūlymų atmetimas arba perkančiosios organizacijos sprendimų panaikinimas turi būti vykdomas tik tada, kai yra didelė tikimybė, kad perkančiosios organizacijos atstovai (plačiąja prasme) turi kokių nors asmeninių interesų, galinčių arba galėjusių sutrikdyti sąžiningą konkurenciją (vertikalusis (vidaus) interesų konfliktas, Direktyvos 2014/24 24 str.) arba kai konkurso dalyviai iškraipė konkurenciją savo vidiniu antikonglomeraciniu bendradarbiavimu (horizontalusis (išorės) interesų konfliktas).

Literatūra

Teisės aktai

1. 2014 m. vasario 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2014/24/ES dėl viešųjų pirkimų, kuria panaikinama Direktyva 2004/18/EB, *OJ L* 94, 28.3.2014.
2. 2014 m. vasario 26 d. Europos Parlamento ir Tarybos direktyva 2014/25/ES dėl subjektų, vykdančių veiklą vandens, energetikos, transporto ir pašto paslaugų sektoriuose, vykdomų pirkimų, kuria panaikinama Direktyva 2004/17/EB, *OJ L* 94, 28.3.2014.
3. Lietuvos Respublikos pirkimų, atliekamų vandentvarkos, energetikos, transporto ar pašto paslaugų srities perkančiųjų subjektų, įstatymas 2017-05-02 *TAR*, 2017, Nr. 2017-07551, Lietuvos Respublikos koncesijų įstatymas, 2017-06-15 *TAR*, 2017, Nr. 2017-10801.
4. 2012 m. spalio 25 d. Europos Parlamento ir Tarybos reglamentas (ES, Euratomas) Nr. 966/2012 dėl Sąjungos bendrajam biudžetui taikomų finansinių taisyklių ir kuriuo panaikinamas Tarybos reglamentas (EB, Euratomas) Nr. 1605/2002.

5. Lietuvos Respublikos viešųjų pirkimų įstatymas, 2017-05-02 *TAR*, 2017, Nr. 2017-07550.
6. Lietuvos Respublikos konkurencijos įstatymas, 2017-01-12 *TAR*, 2017, Nr. 2017-01075.

Europos Sąjungos Teisingumo Teismo sprendimai

7. ESTT byla C-538/13, *eVigilo Ltd prieš Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos*, EU:C:2015:166.
8. ESTT byla C-531/16, *Šiaulių regiono atliekų tvarkymo centras prieš „Specializuotas transportas“ UAB*, ECLI:EU:C:2018:324.
9. ESTT byla C-538/07, *Assitur Srl prieš Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano*, ECLI:EU:C:2009:317.
10. ESTT byla C-213/07, *Michaniki AE prieš Ethniko Symvoulío Radiotileorasis and Ypourgos Epikrateias*, ECLI:EU:C:2008:731.
11. ESTT byla C-378/08, *Serrantoni Srl and Consorzio stabile edili Scrl prieš Comune di Milano*, ECLI:EU:C:2009:808.
12. Teisingumo Teismo 1988 m. rugsėjo 27 d. sprendimas sujungtose bylose 89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 ir 125/85, 129/85, ECLI:EU:C:1988:447.
13. ESTT byla C-21/03, *Fabricom SA prieš Belgian State*, ECLI:EU:C:2005:127.

Europos Sąjungos Bendrojo Teismo sprendimai

14. ESBT byla T-277/97, *Ismeri Europa Srl prieš Court of Auditors of the European Communities*, ECLI:EU:T:1999:124.
15. ESBT byla T-415/10, *Nexans France prieš Joint undertaking Fusion for Energy*, ECLI:EU:T:2013:141.
16. ESBT byla T-195/05, *Deloitte Business Advisory prieš Komisiją*, ECR, EU:T:2007:107.
17. ESBT byla T-403/12, *Intrasoft International SA prieš Komisiją*, ECLI:EU:T:2015:774.

Generalinių advokatų išvados

18. Generalinio advokato M. Manuel Campos Sánchez- Bordona 2017 m. lapkričio 22 d. išvada byloje *Specializuotas transportas*, C-531/16, ECLI:EU:C:2017:883.

Lietuvos Aukščiausiojo Teismo nutartys

19. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Civilinių bylų skyriaus 2015 m. gegužės 22 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-309-248/2015.
20. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Civilinių bylų skyriaus 2016 m. spalio 11 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-439-469/2016.
21. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Civilinių bylų skyriaus 2014 m. lapkričio 14 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-496/2014.
22. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Civilinių bylų skyriaus 2014 m. birželio 25 d. nutartis civilinėje byloje Nr. 3K-3-334/2014.
23. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Civilinių bylų skyriaus 2016 m. kovo 4 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-155-415/2016.
24. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Civilinių bylų skyriaus 2017 m. lapkričio 30 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-354-690/2017.
25. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Civilinių bylų skyriaus 2018 m. kovo 29 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-112-690/2018.
26. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Civilinių bylų skyriaus 2018 m. birželio 27 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-317-469/2018.
27. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Civilinių bylų skyriaus 2017 m. gegužės 4 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-219-690/2017.
28. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Civilinių bylų skyriaus 2018 m. gegužės 21 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-3-40-969/2018.
29. Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Civilinių bylų skyriaus teisėjų kolegijos 2017 m. vasario 14 d. nutartis civilinėje byloje Nr. e3K-7-32-248/2017.

Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo nutartys

30. Lietuvos vyriausiojo administracinio teismo 2018 m. balandžio 11 d. nutartis administracinėje byloje Nr. eA-568-502/2018.

Specialioji literatūra

31. NIKOLOV, N., Conflict of interest in European public law. *Journal of Financial Crime*, 2013, Vol. 20 Issue 4, p. 406. <https://doi.org/10.1108/JFC-06-2013-0042>
32. JURICH, James. International Approaches to Conflicts of Interest in Public Procurement: a Comparative Review. *EPPL*, 4, 2012, p. 244.
33. PREISS, Hans-Joachim. Distortions of competition in tender proceedings: how to deal with conflicts of interest and the involvement of project consultants. *P.P.L.R.*, 2002, 3, p. 154–155.
34. SEMPLE, Abby; ANDRECKA, Marta. Classification, Conflicts of Interest and Change of Contractor. *EPPPL*, 3, 2015, p. 181.

Kiti šaltiniai

35. Europos Komisijos ir Europos Sąjungos kovos su sukčiavimu tarnybos vadovams skirtas praktinis vadovas, Interesų konfliktų nustatymas vykdamas struktūriniais veiksmais susijusių viešųjų pirkimų procedūras [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <<https://ec.europa.eu/sfc/sites/sfc2014/files/sfc-files/guide-conflict-of-interests-LT.pdf>>.
36. „Interesų konfliktų valdymas viešajame sektoriuje“ EBPO gairės ir šalių patirtis [interaktyvus]. Prieiga per internetą: Pasiekama: <<https://www.oecd.org/gov/ethics/48994419.pdf>>.
37. UNCITRAL Modelinis viešųjų pirkimų įstatymas, JUNG TINĖS TAUTOS, Niujorkas (2014) [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <<https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement-2011/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-e.pdf>>.
38. RITTER, Cyril. *Joint tendering under EU competition law* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2909572>.
39. GRAELLS, Albert Sanchez, *Competition Law Against Public Restraints in the Public Procurement Field: Importing Competition Considerations into the EU Public Procurement Directives*, p. 14 [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1551380>.
40. REED, Q., *Sitting on the fence: conflicts of interest and how to regulate them* [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <<https://www.cmi.no/publications/file/3160-sitting-on-the-fence.pdf>>.

Sutartys

41. Pasaulio prekybos organizacijos (PPO) Sutartis dėl viešųjų pirkimų (SVP) (1994)..

The Concept of Conflict of Interest in Lithuanian and EU Public Procurement Law and the Case-Law

Deividas Soloveičik
Karolis Šimanskis

S u m m a r y

This article is a result of concentration of our attention into the scholar matters related to the concept of conflicts of interest in the public procurement law. We started from the analysis of the notion of conflicts of interest and we were extremely interested in whether the same definition of the mentioned phenomenon, which was previously adopted in other fields of public law, was supposed to be attributed to the public procurement law. After we have answered this question, we moved on with the examination of the relevant case law, which became rich in a field, at least in Lithuania, during the recent years. We outline two types of conflicts of interest in public procurement law and explain their features, differences and legal regulation. Simultaneously, we dive into the deep research of the Lithuanian and the CJEU case-law and illustrate what an impact it made to the evolution of the main subject of this article. Finally, we put some emphasis on the academic examination of the relevant legal norms of the EU public procurement directive and compare the text of this European legislation to the line of reasoning suggested by the courts in public procurement disputes.