

Регулирование сектора государственных закупок в региональных торговых объединениях: на примере Европейского союза



Т.И. Качурина

аспирантка кафедры международного права факультета права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики» Адрес: 101000, г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20. E-mail: mejpravo@hse.ru



Аннотация

В данной статье рассмотрена проблема регулирования сектора международных государственных закупок в региональных торговых объединениях на примере Европейского союза. В статье взяты за основу основные региональные документы Европейского союза — директивы — и проанализированы вопросы их действия на национальном уровне стран — участниц Европейского союза в секторе государственных заказов. Директивы составляют основу механизма регулирования государственных закупок и координируют процедуры проведения государственных торгов как для частных, так и для государственных предприятий, призывают гарантировать свободу конкуренции в процессе торгов и стимулируют трансграничную торговлю.

В статье проанализированы пути применения основных международных правовых принципов в секторе государственных закупок (в частности, рассмотрен вопрос работы принципа прозрачности как механизма контроля за государственными торгами), субъектная и предметная сфера действия европейских директив, процедуры присуждения государственных закупочных контрактов. Принцип прозрачности рассматривается как своеобразный инструмент контроля за контрактами о государственных закупках. Исследуется зарубежная судебная практика, где освещается цель применения принципа прозрачности как гарантии соблюдения других основополагающих принципов (добросовестной конкуренции и принципа недискриминации). Автором рассмотрены главные условия проведения конкурсных процедур и проблемы применения регионального законодательства в случае возможных нарушений во время конкурса органами государственной власти.

В статье дается детальный обзор основных типов конкурсных процедур и процесса квалификации поставщиков, соответствия их финансовым пороговым уровням. Директивы предусматривают проведение четырех различных процедур государственных закупок (открытая, закрытая, процедура конкурентного диалога, процедура переговоров). Предоставление существенной документации является обязательным этапом в процессе квалификации поставщиков. В статье рассматривается значение «наиболее выгодного экономического предложения». Автором освещена тема представления поставщиками рекламных материалов во время конкурса и затронуты основные подводные камни в области информационного обеспечения проведения торгов. В статье дан анализ зарубежной судебной практики и затронут вопрос применения доктрины «in house».



Ключевые слова

государственные закупки, государственные заказы, право государственных закупок, конкурс, тендер, конкурсные процедуры, тендерные процедуры, принципы государственных закупок, принцип прозрачности, принцип недискриминации, добросовестная конкуренция, конкурентный диалог, финансовый порог.

Государственные закупки играют существенную роль в экономической жизни государств — членов *Европейского союза* (далее — ЕС). По подсчетам *Европейской комиссии*¹ в ЕС закупки, осуществляемые государствами, составляют порядка 19% ВВП. Европейский сектор государственных закупок — самый открытый и либерализованный в мире, с высокой конкурентоспособностью внешних компаний. Этот сектор также быстро растет и является востребованным в странах с развивающейся экономикой, где европейские компании очень конкурентоспособны².

Развитие права государственных закупок на уровне ЕС явилось важным шагом на пути становления единого внутреннего рынка ЕС.

Под *правом государственных закупок ЕС* обычно понимают комплекс норм, которые предписывают государству и его властным структурам разного уровня определенный образ действий при покупке товаров и услуг у частных провайдеров на договорной основе на всей территории ЕС. Оно призвано служить целям эффективного использования государственных средств и гарантированию добросовестной конкуренции между частными и государственными поставщиками различных государств-членов на всей территории ЕС при приобретении ими государственных закупок³.

Значительность доли, приходящейся на государственные закупки и большое количество государств-членов, определяемое различным уровнем развития и емкости государственного сектора, потребовали специфического законодательного подхода к регулированию размещения государственных заказов в странах ЕС. Сегодня размещение государственных заказов в ЕС регламентируется, в зависимости от объемов и других условий, тремя уровнями законодательного регулирования: международным законодательством, законодательством ЕС и национальным законодательством.

К международному регулированию государственных закупок ЕС в первую очередь относятся требования ранее упомянутого сектора государственных закупок (далее — СГЗ). При регламентации на уровне ЕС действует ряд правовых актов, обеспечивающих единые условия проведения закупок для государственных нужд. Необходимо отметить, что период с 2004 по 2006 гг. являлся переходным, когда параллельно действовало два вида документов — старые директивы и заменяющие их новые.

Принципиальные изменения в регламентации государственных закупок ЕС направлены на совершенствование нормативно-правовой базы и предполагают:

- исключение из сферы действия общего законодательства по государственным закупкам отдельных секторов экономики, традиционно являющихся естественными монополиями (водоснабжение, энергетика, транспорт и сфера почтовых услуг);
- введение в практику закупок более гибких процедур, в частности процедуры конкурентных переговоров, а также заключение рамочных соглашений;

¹ *Европейская комиссия* — высший орган исполнительной власти Евросоюза. Отвечает за выполнение решений Союза, контролирует соблюдение его законов в странах-членах и, если требуется, возбуждает в суде Европейского союза иск против стран-членов за нарушение членских обязательств.

² См.: *Де Гухт К., Барниель М.* О рынках Европы и стремлении к свободному рынку. Почему новый международный инструмент государственных закупок откроет рынки по всему миру // http://eeas.europa.eu/delegations/kazakhstan/documents/eu_kazakhstan/public_procurement_ru.pdf

³ В этом право государственных закупок ЕС отличается от права государственных закупок ряда государств-членов, в которых государственные закупки являлись частью бюджетного права и служили исключительно интересам экономии государственных средств. Поэтому в рамках национальных процедур, регулировавших государственные закупки, частные поставщики не обладали достаточной правовой защитой. Под влиянием права государственных закупок ЕС ситуация изменилась, и теперь на национальном уровне также предпочтение отдается свободной конкуренции и соблюдению интересов провайдеров.

- учет новых форм организации и ведения бизнеса: концессии и другие формы партнерства между частным и общественным сектором;
- внедрение электронных закупок⁴.

Правовая основа регулирования государственных закупок в ЕС

Положения Договора о ЕС (далее — ДЕС), в частности, ст. 2 гласит: «Сообщество имеет своей задачей, посредством создания общего рынка и экономического и валютного союза, а также посредством осуществления общей политики или деятельности [...] содействовать повсеместно в Сообществе гармоничному, сбалансированному и устойчивому развитию экономической деятельности, высокому уровню занятости и социальной защиты [...] устойчивому и безинфляционному росту, высокому уровню конкурентоспособности и сближению экономических показателей, высокому уровню защиты и улучшению качества окружающей среды, повышению уровня и качества жизни, экономическому и социальному сплочению и солидарности государств-членов».

Для завершения задания по установке общего рынка, институты и государства — члены ЕС должны выполнять определенные обязательства. ДЕС содержит более детализированную информацию о том, что страны-участницы должны выполнять. Это включает в себя:

- отмену таможенных пошлин и количественных ограничений на импорт и экспорт товаров и любых других мер, имеющих подобный эффект;
- установление общего таможенного тарифа и общей торговой политики в отношении третьих стран (не должно быть разнообразных внутренних тарифов между странами-участницами и в отношении третьих стран);
- отмену препятствий свободному передвижению товаров, лиц, услуг и капиталов между государствами-членами;
- сближение национальных законодательств государств-членов в той степени, какая необходима для нормального функционирования общего рынка;
- установление системы, предотвращающей нарушения на внутреннем рынке⁵.

Это цели и принципы, в рамках которых политика ЕС применяется и развивается. ДЕС называется *рамочным соглашением*⁶, или «*traite cadre*» (в сравнении с национальным законодательством), и требует принятия положений об имплементации для его лучшей реализации на национальном уровне путем директив, регламентов и решений, которые либо непосредственно применяются, либо должны быть преобразованы в национальное законодательство. Детализированную имплементацию принципов ДЕС оставляет для вторичного законодательства, так как область государственных закупок сложная и чувствительная, и у стран-участниц наблюдается большая разница в области применения различных преференциальных практик в области государственных закупок. Также, возможно, это связано с тем, что преференциальные режимы в области государственных закупок не были на законодательной повестке дня в период отмены количественных ограничений.

⁴ См.: Хражкин А. Международный опыт построения системы госзакупок // Бюджет.ру: Социальная сфера. 1 сент. 2008 г. № 9 // URL: <http://www.bujet.ru/article/46008.php>

⁵ Договор о Европейском союзе: от 17.11.1993 // Официальный журнал. С. 191. Ст. 3.

⁶ *Рамочное соглашение* — документ, который определяет договоренность сторон о том, как будет происходить сотрудничество.

В **первичном праве ЕС** государственные закупки упоминаются лишь косвенно в **ст. 179 (2) Договора о Функционировании Европейского союза** (далее — ДФЕС) (бывшая **ст. 163 Римского договора о Европейском Сообществе** (далее — РД)) и в **ст. 199 (4)** (бывшая **ст. 183 РД**)⁷. Это, однако, не означает, что ДФЕС не имеет значения для регулирования государственных закупок. ЕС рассматривает государственные закупки как инструмент не только для удовлетворения текущей деятельности органов государственного управления, но и для реализации социальной политики.

На основании норм ДФЕС, регулирующих основные свободы ЕС, и, прежде всего, свободу движения товаров и услуг, а также на основании **ст. 18 ДФЕС** (бывшая **ст. 12 РД**) о запрете дискриминации по признаку гражданства, были сформулированы **принципы права государственных закупок в ЕС**:

- принцип недискриминации;
- принцип прозрачности (транспарентности);
- принцип добросовестной конкуренции.

Принцип недискриминации предусматривает, что если разница в обращении не была оправдана объективными обстоятельствами (такими, как, например, исключение всех предприятий из процедуры государственных закупок, находящихся в другой стране-участнице), то это будет являться косвенной дискриминацией по национальному признаку⁸. Такие объективные обстоятельства являются серьезным отступлением от директив и могут проявиться там, где присутствует очень скромный экономический интерес для участников торгов и отсутствие четких правил, как определить, когда договор будет представлять интерес для участников торгов в других государствах-членах, а когда — нет⁹.

Одно из важных решений Административного Суда Швеции в 1990-х годах было вынесено в пользу подавших жалобу по делу о конкурсе на проект по реконструкции старинной больницы. Один из участников получил незаконное преимущество над другими участниками, приняв помощь со стороны технической консалтинговой группы, которая помогала составлять техническую документацию. Это привело к нарушению принципа **добросовестной конкуренции** и недискриминации в рассмотрении торговых заявок.

Пока директивы пытались ввести более реалистичный и гибкий подход к государственным закупкам, **принцип прозрачности** и обязательства следовать этому принципу стали своеобразным механизмом контроля за контрактами о государственных закупках, которые заключаются вне сферы действия директив. Многие закупающие государственные организации нарушали положение о принципе прозрачности, потому что они не публиковали информацию о торгах¹⁰. В деле **Unitron**¹¹ Суд подтвердил, что

⁷ В ст. 179 (2) ДФЕС, в частности, говорится о стимулировании предприятий «использовать возможности единого внутреннего рынка в полном объеме и особенно посредством открытия национальных рынков государственных заказов отдельных государств-членов...». А в ст. 199 (2) ДФЕС речь идет о предоставлении равных условий физическим и юридическим лицам всех государств — членом ЕС при участии их в аукционах по государственным поставкам, финансируемым ЕС.

⁸ C-231/03 *Conorzio Aziende Metano ('Coname') v Padania Acque SpA ('Coname')* [2005] ECR I-7287 и C-458/03 *Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG ('Parking Brixen')* [2005] ECR I-8612.

⁹ C-234/89 *Commission v Denmark* [1993] ECR I-3353; C-87/94 *Commission v Belgium ('Walloon Buses')* [1996] ECR I-2043. Также см.: C-458/03 *Parking Brixen* [2005].

¹⁰ *Trepte P. Public Procurement in the EU: A practitioner's Guide*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press, 2007. P. 15.

¹¹ C-275/98 *Unitron Scandinavia et al v Ministeret for Fodvarer, Landbrug og Foskeri ('Unitron')* [1999] ECR I-8291.

цель введения принципа прозрачности — чтобы заказчик государственных товаров мог убедиться, что соблюдаются другие основополагающие принципы, включая принцип недискриминации, и соблюдаются равные условия рыночной конкуренции во всех государствах-членах.

Ключевым механизмом соблюдения принципа прозрачности в рамках ЕС является *реклама* государственных контрактов и другой торговой информации, что позволит:

- обеспечить *эффективную конкуренцию* путем обеспечения *равенства возможностей*¹²: путем уведомления участников торгов во всех государствах-членах о заключенных контрактах на всей территории ЕС и обеспечения равного доступа к этим контрактам с помощью установки объективных критериев для участия, а также запрет использования дискриминационных технических спецификаций;
- гарантировать степень транспарентности путем разрешения *надзора* за соблюдением этого принципа, таким образом используя принцип прозрачности как инструмент для достижения поставленных целей.

Соблюдение принципа прозрачности может быть достигнуто путем использования любого правового средства, в том числе путем размещения рекламы (принимая во внимание особенности соответствующей отрасли, где проводятся государственные закупки)¹³. Реклама дается в виде опубликования конкурсного уведомления или представления торговой и иной информации в специализированных журналах или размещения рекламы на домашней странице заказчика. Также удовлетворение принципа прозрачности может быть осуществлено путем запроса тендерных котировок. Хотя стоит иметь в виду, что прозрачность не является синонимом публичности, и, соответственно, масштаб рекламной информации должен быть ограничен.

Процедура закупок товаров с низким ценовым показателем требует обязательного предоставления рекламной информации о закупке, так как практика контактирования числа потенциальных участников торгов не будет достаточной для удовлетворения принципа прозрачности. Реклама может быть дана на веб-сайтах, в *Официальном журнале ЕС (Official Journal)*¹⁴, в различных средствах массовой информации и в *Электронной торговой базе данных (Tenders Electronic Daily)* (далее — TED). Директивы рекомендуют использовать правильные рекламные системы, но также позволяют использование автоматических методов отбора, например путем жеребьевки.

Эти принципы являются определяющими для формирования и осуществления процедур регулирования государственных закупок. Они применяются независимо от механизма регулирования государственных заказов на основе **вторичного права** и как следствие этого действуют в отношении тех объектов регулирования, которые не подпадают под сферу действия вторичного права¹⁵.

Принцип национального режима идет рука об руку с принципами недискриминации и прозрачности и предполагает распространение на иностранный товар (после таможенной очистки) законодательства страны импорта в полном объеме, в том числе в части налогообложения, регулирования внутренней торговли, финансовых, транспорт-

¹² Case C-304/01 Kingdom of Spain v Commission of the European Communities [2004] ECR I-7655; Case C-434/02 Arnold Andre GmbH & Co KG v Landrat des Kreises Herford (Arnold') [2004] ECR I-11825.

¹³ C-507/03 Commission v Ireland (OJ 2004 C35/4).

¹⁴ *Официальный журнал Европейского союза* (англ. *Official Journal of the European Union*) — правительственный бюллетень Европейского союза.

¹⁵ C-324/98 Telaustria and Telefonadress ('Telaustria') [2000] ECR I-10745, n/60. В деле C-503/04 Braunschweig II (2007) даже подчеркивается, что ссылки на вторичное право не могут служить оправданием нарушения первичного права ЕС.

ных и других мер. Причем этот режим должен действовать на всей территории, включая административно-территориальные образования и распространяться в практическом плане на местные налоги. Данный принцип является одним из базовых требований, распознаваемых во многих системах права. Это играет важную роль в гарантировании участникам торгов таких прав в применении положений о государственных закупках.

Что касается вторичного **права**, то основу механизма регулирования государственных закупок составляют следующие директивы:

- **Общая директива 2004/18** о координации процедур, регулирующих государственные закупки в области *строительства, поставок и услуг*;
- **Секторальная директива 2004/17** о координации процедур, регулирующих предоставление государственных заказов предприятиям в области *водо- и электроснабжения, транспорта и почтовой связи*¹⁶.

Суть этих директив заключается в *координации национальных процедур* по предоставлению государственных заказов и реализации европейских конкурсов (аукционов, тендеров) на этот предмет¹⁷. **Цель** директив — ввести принцип равного регулирования для частных и государственных предприятий, заинтересованных в получении государственных заказов, на всей территории ЕС на основании *объективных критериев*, таких, например, как низкие цены, наиболее экономически привлекательные предложения и т.д. Следствием должно было стать не только стимулирование трансграничных государственных услуг. Одновременно директивы (особенно секторальная) были призваны гарантировать свободу конкуренции в это традиционно закрытой сфере публично-правового характера.

Вышеназванные директивы дополняются так называемыми *директивами о правовых средствах*.

Директива 2004/18 — **Директивой 89/665** о координации правовых и административных норм контрольных процедур, применяемых в рамках государственных заказов *на договоры о государственных поставках и строительстве*¹⁸. Директива 89/665 предусматривает, что открытие рынка государственных закупок для конкуренции внутри ЕС обяжет участников торгов к предоставлению гарантий, что принципы прозрачности и недискриминации будут соблюдаться и потребует введения эффективных и быстрых к доступу правовых средств для выявления нарушений законодательства ЕС, заключенных контрактов и национальных правил.

Директива 2004/17 — **Директивой 92/13** о координации правовых и административных норм в том, что касается контроля за выдачей государственных заказов на *строительство, поставки и предоставление услуг в области водо- и энергоснабжения, транспорта и почтовой связи*¹⁹. Эта Директива предоставляет гибкость в области закупок в секторе коммунальных услуг и содержит некоторые дополнительные положения, такие, как введение *системы аттестации*.

Материально-правовые нормы директив о выдаче государственных заказов и контроле за решениями государственного заказчика имеют *прямое действие*. Участники процедур, регулирующих государственные заказы, могут отстаивать свои права, кото-

¹⁶ См.: Дир. 2004/18 — О.Ж. 2004, L.134/114; Дир.2004/17 — О.Ж. 2004, L.134/1. Изменения к обеим директивам см.: О.Ж. 2009, L.216/76.

¹⁷ C-27-29/86 *Constructions et Entreprises Industrielles (CEI) & Bellini v Association Intercommunale pur les Autoroutes des Ardennes (Ardennes)* [1987] ECR 3347.

¹⁸ О.Ж. 1989, L. 395/33.

¹⁹ О.Ж. 1992, L.76/14. В обе директивы (№ 89/665 и № 92/13) были внесены изменения Директивой 2007/66 // О.Ж. 2007, L. 335/31.

рыми их наделяют положения директив, в национальных судах на основании принципа ответственности государств-членов за несвоевременное или неправильное включение директив в собственное законодательство.

Правовую основу права государственных закупок ЕС составляют и СГЗ, и законодательство о государственных закупках государств-членов²⁰. Стоит отметить, что директивы не налагают нового общего регулятивного режима на страны-участницы в области государственных закупок. Государства-члены могут применять свои национальные процедуры, адаптированные под директивы²¹.

Директивы ограничивают свою сферу действия до тех мер, которые требуются для координации влияния директив и разрешения странам-участницам вносить существенные изменения в процессуальные правила в области государственных закупок, которые не должны конфликтовать с ДФЕС. Страны — участницы ЕС остаются свободными регулировать самостоятельно аспекты и практические вопросы, которые являются «смазкой для колес» работы процесса государственных закупок.

Государства-члены, например, могут:

- устанавливать определенные стандарты для тендеров и контрактов;
- требовать строгое соответствие определенным процедурам открытия или принятия тендеров;
- запрашивать предоставление различных гарантий по тендерам; и/или
- налагать обязательства на контракты публичного характера.

Многие государства — члены ЕС до принятия европейских директив по государственным закупкам уже имели установленные системы государственных закупок, которые позднее были адаптированы под базовые требования директив, оставаясь при этом не сильно измененными. Важно иметь в виду не столько положения самих директив, сколько применимые национальные правила и практики, которые остались не измененными по тем или иным причинам.

Сфера действия права государственных закупок ЕС

Директивы о государственных закупках не предоставляют полной и детализированной системы регулирования государственных закупок. Эффективность и более выгодное вложение денег не являются первичными и основными целями данных директив. Директивы более специфически ориентированы — они направлены на поддержание безопасности общей системы государственных закупок и нормального функционирования рынка государственных закупок в рамках ДЕС и вторичных международно-правовых актов. Основные цели директив являются предметом изменений, которые являются отражением изменений в политике ДЕС²².

(а) Субъектная сфера действия права государственных закупок ЕС

Для понимания субъектной сферы действия права ЕС необходимо определить, является ли покупатель *заказчиком* для целей указанных директив. Если покупатель не

²⁰ Участие ЕС в Соглашении о государственных закупках ГАТТ/ВТО позволяет сделать вывод о возможности участия провайдеров трех стран (участниц этого соглашения) в конкурсах (тендерах) на получение гос.заказов, объявляемых государствами — членами ЕС.

²¹ C-285 и C-286/99 *Impresa Lombardini SpA — Impresa Generale di Costruzioni v ANAS — Ente nazionale per le strade and Societa Italiana per Condotte d'Acqua SpA ('Impresa Lombardini') (C-285/99), Impresa Ing.Mantovani SpA v ANAS — Ente nazionale per le strade and Ditta Paolo Bregoli (C — 286/99) [2001] ECR I-9233.*

²² *Trepte P. Public Procurement in the EU: A practitioner's Guide.* P. 3.

подпадает под определение, данное в директивах, то и процесс государственных закупок не будет производиться с соблюдением процессуальных требований²³. Добровольное применение директив органом, которое не подпадает под определение «заказчик», не означает, что в случае нарушения этим органом положений директив такие нарушения будут доступны для оспаривания²⁴. После того как покупатель подпадает под определение «заказчик», все его закупки товаров, работ и услуг будут подпадать под процессуальные требования директив.

В целом категории государственных заказчиков, попадающие под СГЗ ВТО, в значительной степени соответствуют категориям, охваченным директивами ЕС (кроме частных организаций, которые не подпадают под эти правила).

Право государственных закупок ЕС действует **только** в отношении **государственных заказчиков** государств-членов. К ним относят:

- государство как таковое (в лице его органов);
- его территориально-административные единицы, т.е. земли, округа, общины, города и т.д.;
- прочие публично-правовые образования.

Государство как таковое (в лице его органов). Термин «государство» охватывает все органы, которые осуществляют законодательную, исполнительную и судебную власть. Директивы будут применяться ко всем таким государственным органам в их качестве как *общественного покупателя* независимо от степени их политической независимости друг от друга. Их относительная политическая независимость не имеет отношения к их статусу покупателей в соответствии с директивами.

Как упоминалось выше, *определение государства* следует понимать как широкую категорию. Суд рассматривает больше фактическую функцию соответствующей организации, нежели формальную классификацию, данную внутренним правом²⁵.

Его территориально-административные единицы, т.е. земли, округа, общины, города и т.д. Государственные, региональные и местные органы власти, по определению, подпадают под значение государственного заказчика. *Ассоциация заказчиков* не отличается от самого заказчика; это всего лишь термин, используемый для описания механизма, посредством которого государственные контракты награждаются организациями, которые не имеют своей собственной правосубъектности и создаются путем сотрудничества между государственными органами (например, как покупка консорциумов между территориальными государственными органами).

Прочие публично-правовые образования, под которыми для целей права государственных заказов ЕС понимают в функциональном смысле любые государственные структуры, которые:

(1) **наделены правосубъектностью;**

(2) **выполняют общегосударственные задачи некоммерческого характера.** Цели директив ЕС в области государственных закупок направлены на устранение барьеров в торговле и установление свободы предоставления товаров и услуг и, следовательно, на защиту интересов поставщиков в одном государстве-члене, предлагающего свои то-

²³ C-44/96 Mannesmann Analgenbau Austria AG and Others v Stobal Rotationdruck GmbH ('Mannesmann') [1998] ECR I-73; C-275/98 Unitron [1999].

²⁴ C-45/87 Commission of the European Communities v Ireland ('Dundalk') [1987] ECR 4929.

²⁵ C-323/96 Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium ('Vlaamse Raad') [1998] ECR I-5063; C-31/87 Gebroeders Beentjes BV v State of the Netherlands ('Beentjes') [1998] ECR 4635; C-360/97 Connemara Machine Turf Co Ltd v Coillte Teoranta ('Connemara') [1998] ECR I-8761; C-353/93 Commission of the European Communities v Ireland ('Coillte Teoranta') [1998] ECR 8565.

вары и услуги заказчикам в другом государстве-члене. Также цели директив направлены на избежание риска нарушения принципа недискриминации и избежание присуждения контрактов по национальному признаку, а также осуществление контроля за тем, чтобы контракты предоставлялись только в связи с государственным экономическим интересом.

Задачи общегосударственного характера в области государственных закупок должны соответствовать ряду критериев.

- *Потребность в общих интересах.* Определение термина «потребность в общих интересах» было широко истолковано. Суд определил это как выполнение государственных требований в отношении достижения конкретных задач: например, резервирование отдельных видов деятельности только для контроля органами государственной власти, обязанность государства покрывать расходы, связанные с закупочной деятельностью, контроль над ценами, которые будут взиматься за услуги, степень требуемого контроля за безопасностью.
- *Задачи, не носящие промышленного или коммерческого характера.* Эти мероприятия называются обязательствами по обслуживанию населения, поскольку деятельность производится в соответствии с потребностями в общих интересах. Соответствие такому критерию может быть достигнуто, если государственный заказчик выделяет коммерческие и некоммерческие функции для разных государственных органов.
- *Воздействие на конкурентный рынок.* Это означает наличие значительной конкуренции в области государственных закупок, при условии, что организация, столкнувшаяся с такой конкуренцией, подпадает под потребность в общих интересах и решает задачи, связанные с некоммерческой деятельностью;

(3) финансируются государством и подлежат государственному контролю²⁶. Это условие используется в основном для определения *степени зависимости* закупающего органа от государства. Зависимость может быть **финансовая, управленческая или надзорная**. Условие выполняется, когда выполнен один из этих критериев.

- *Финансовая зависимость.* Только платежи, которые идут на финансирование или поддержку деятельности соответствующего органа без предоставления обратного вознаграждения от этого органа, могут называться государственным финансированием. Выплаты в виде премий или субсидий для поддержки научно-исследовательской работы, которые идут напрямую в учреждения, в целом можно рассматривать как финансирование со стороны организации-заказчика. Выплата стипендии также может быть классифицирована как государственное финансирование, поскольку эти платежи являются социальной мерой, введенной в интересах определенных студентов.
- *Управленческая зависимость* — состояние, связанное в эффектом непосредственного участия органов государственной власти и должностных лиц в управлении организацией.
- *Надзорная зависимость.* Организация финансируется, по большей части, со стороны государственных органов, и в организации назначено более половины членов ее административных, управленческих или наблюдательных органов со стороны государства, что позволяет государственным органам влиять на их решения по отношению к государственным контрактам.

Закупочная деятельность правительства дает правительству значительную экономическую силу. Важность экономической деятельности государства в качестве покупателя

²⁶ Особое регулирование действует согласно Директиве 2004/18 в отношении частных компаний в сфере строительства и услуг, которые финансируются более, чем на 50% государством, а также согласно Директиве 2004/17 в отношении предприятий коммунального хозяйства (водо- и энергоснабжения, строительства и почтовых услуг), наделенных государством специальными правами во исполнение общенациональных интересов.

на рынке дает ему огромную силу воздействия на экономику в тех секторах, в которых оно является активным. Там, где оно является доминирующим покупателем, такое влияние может быть решающим. В контексте отношений между государством-покупателем и поставщиком-продавцом государство может контролировать доступ к своим общественным контрактам с помощью процедуры отбора и процедуры аттестации, путем резервирования доступа к более благоприятным подрядчикам и поставщикам или путем отказа в доступе к определенным нежелательным подрядчикам и поставщикам.

Несмотря на бесплатный доступ к процессу закупок, государство может принять решение присуждать контракты поставщикам только в тех случаях, когда предлагаемый контракт соответствует определенным требованиям (таким, как специальные технические условия или стандарты) или когда деятельность поставщика базируется в определенных регионах. Другим возможным механизмом, используемым государством как покупателем, является присоединение определенных процессуальных или материально-правовых условий для *соблюдения контракта*, таких как, например, привлечение к исполнению услуг временно безработных.

Соблюдение контракта может быть ограничено. Как условие контракта, невозможность успешного поставщика соответствовать указанным условиям приведет к тому, что государство-покупатель может подать в суд за нарушение договора, а это было бы нежелательно. Поэтому государство-покупатель ищет гарантии того, что поставщик все выполнит в соответствии с контрактом, и желает получить такие гарантии задолго до того, как присудит контракт.

Возникает вопрос, может ли государство-покупатель отказаться от контракта с поставщиком, который не хочет или не в состоянии выполнить условия договора? Суд по делу **Beentjes** настаивает, что такие действия должны быть запрещены, так как условия приемлемости поставщика к выполнению условий контракта хоть и являются явной особенностью многих национальных систем государственных закупок, но ограничивают участие поставщиков из определенных государств-членов в ЕС. Это является нарушением принципов национального режима и честной конкуренции, что *априори* будет незаконными

В том, что касается *прочих публично-правовых образований*, следует подчеркнуть, что директивы не содержат их исчерпывающего списка. Термин «*в функциональном смысле*» означает, что структурно они могут создаваться и в *частноправовых формах*²⁷. Главное — выполнение ими общегосударственных задач, а также контроль и финансирование со стороны государства²⁸.

Как обычно, сам термин «государственный заказчик» и связанные с ним понятия конкретизировал и развил в своей практике Суд ЕС. Особенно проблематичным было определение основных элементов «*публично-правовых образований*», и, в частности, понятия «*общегосударственные задачи некоммерческого характера*». Так, «общегосударственные задачи», или «задачи общегосударственного интереса» Суд ЕС определил в довольно общем плане, как «выполняемые государством или на выполнение которых оно оказывает решающее влияние»²⁹.

²⁷ C-360/96 Gemeentden Arnhem and Gemeente Rheden v BFI Holding BV (‘Arnhem’) [1998] ECR I-6821.

²⁸ Акцент на функциональном аспекте термина «государственный заказчик» призван препятствовать тому, чтобы государство, являясь властной структурой, могло уклоняться от применения норм права государственных заказов посредством использования частногоправовых форм. Особенно если учесть, что в ряде государств-членов, как отмечалось выше, государственные заказы являются частью национального бюджетного права.

²⁹ C-223/99 and C-260/99 Agora Srl and Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. v Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano and Ciftar Soc.coop.arl (‘Agora’) [2001] ECR 3605, n. 43, 41.

С большими трудностями Суд ЕС столкнулся при определении понятия «*некоммерческого характера*», поскольку существенную роль здесь играли «рыночные реалии», а выполнение «задач общегосударственного интереса» не исключало коммерческой деятельности³⁰. Точно так же отсутствие конкуренции не является необходимым условием для признания соответствующей структуры «публично-правовым образованием», а наличие конкуренции как таковой не позволяет сделать вывод о «коммерческом характере реализации общегосударственных задач»³¹. Наконец, в решении по делу **Korhonen**³² Суд ЕС отметил, что характерными чертами некоммерческого характера деятельности являются отсутствие намерения извлекать прибыль и брать на себя связанные с этим коммерческие риски в сочетании с государственным финансированием и текущим государственным контролем, позволяющими активно вмешиваться в повседневное управление подконтрольной структуры³³.

Подводя итоги сказанному, следует отметить, что в целом Суд ЕС настаивает на кумулятивном применении критериев, связывающих публично-правовые образования с государством. И при этом **широко** толкует как это понятие, так и само понятие «государственный заказчик»³⁴.

(б) Предметная сфера действия права государственных закупок ЕС

Государственный заказ представляет собой основу предметной сферы действия права государственных закупок ЕС. В материально-правовом смысле он представляет собой письменный коммерческий *контракт*, который государственный заказчик заключает с независимым от него предприятием в рамках перечисленных в директивах 2004/17 и 2004/18 видов деятельности³⁵. Правила ЕС применяются по отношению к товарам, работам и услугам (в отличие от СФЗ, которое исключает телекоммуникации и позволяет каждой присоединяющейся стране сформировать перечень изъятий в форме приложения к заявке о присоединении). Многие страны-члены ЕС исключили энергетику, транспорт и водоснабжение.

Для применения права государственных закупок ЕС большое значение имеет **стоимость закупочных контрактов**. В директивах четко указаны условия применения права государственных закупок ЕС. Право начинает действовать, когда **превышены** пороговые значения директив. Ныне они составляют согласно **Директиве 2004/18**:

- для строительства — 5,15 млн евро;
- для поставок и услуг — 206 тыс. евро.

³⁰ См.: C-360/96 Arnhem [1998].

³¹ См.: C- 373/00 Adolf Trully GmbH v Bestattung Wien GmbH (“Trully”) [2003] ECR I-1931, n. 58.

³² C-18/01 [2003].

³³ Как правило, это достигается путем назначения государством большинства членов руководящих органов соответствующей организации. См.: C-380/98 The Queen v HM Treasury, ex parte The University of Cambridge (“Cambridge”) [2000] ECR 8035.

³⁴ Например, в решении по делу C-300/07 Hans & Christophorus Oymans, n. 53,54,77 [2009]. Суд ЕС посчитал финансирование касс медицинского страхования за счет взносов их участников косвенным государственным финансированием, поскольку оно осуществлялось в рамках публично-правового регулирования, равно как и усмотрение касс в том, что касается установления размера взносов, строго регламентировалось законом. Сами кассы были признаны государственным заказчиком.

³⁵ Согласно практике Суда ЕС контракты публично-правового характера также могут подлежать регулированию правом государственных заказов ЕС — C-399/98, n. 73 Ordine degli Architetti di Milano and Others (Architetti) [2001] ECR I-5409.

Согласно секторальной **Директиве 2004/17**:

- для строительства — 5,15 млн евро;
- для поставок и услуг — 412 тыс. евро³⁶.

Вообще вопросам стоимости придается большое значение. Этот критерий также рассматривается функционально и свидетельствует не только об оплачиваемой услуге, но и приоритете большей по сумме стоимости услуги в случае смешанного характера государственной закупки. Так, если контракт содержит элементы различных видов государственных заказов (например, услуги и строительство), то его основной предмет и, соответственно, регулирование будут определяться по виду заказа, стоимость которого превалирует³⁷.

Сфера действия права государственных закупок ЕС распространяется и на «*рамочные договоренности*»³⁸. Они представляют собой предварительный контракт(ы) с одним или несколькими предприятиями (но не менее 3-х). Их следует квалифицировать в качестве государственных заказов, если они устанавливают *заранее рамочные* условия их последующего выполнения путем заключения в дальнейшем классических контрактов поставок или услуг. Рамочные договоренности используются, прежде всего, в *здравоохранении*. Они позволяют **заранее** устанавливать, в частности, условия снабжения медикаментами потребителей, имеющих государственную медицинскую страховку, производителями лекарств, поскольку проведение конкурсных процедур на каждый отдельный препарат по практическим соображениям невозможно³⁹.

Под действие права государственных закупок ЕС подпадают и *строительные концессии*⁴⁰. И наоборот, концессии *на предоставление услуг* прямо **исключены** из сферы применения права государственных закупок ЕС⁴¹. Соответственно, государственный заказчик при выборе концессионера и делегировании ему права на предоставление услуг *не связан вторичным правом государственных закупок* и должен соблюдать, как указывалось выше, основные принципы первичного права ЕС:

- запрет дискриминации;
- транспарентность;
- справедливая конкуренция⁴².

³⁶ Указанные данные могут меняться по усмотрению Комиссии, которой предоставлено право устанавливать новые пороговые значения каждые два года — Регламент 1422/2007, О.Ж. 2007, L.317/34. Имеется в виду «чистая» стоимость заказа (после вычета налогов), которая определяется путем оценки совокупной суммы поставки, включая и возможные премии провайдеру — ст. 9 Директивы 2004/18; ст. 17 Директивы № 2004/17.

³⁷ С-220/05, Auroux [2007], п. 37.

³⁸ Статья 1 (5) Директивы 2004/18; ст.1 (4) Директивы 2004/17.

³⁹ См.: А.Наратш, Ч.Кoenig, М.Рехштейн. Europarecht. Tuebingen, 2010, S. 613.

⁴⁰ Статья 1 (3) Директивы 2004/18 и ст.1 (3 а) Директивы 2004/17.

⁴¹ Статья 17 Директивы 2004/18. В отличие от коммерческих контрактов суть концессионных договоров заключается в том, что размер вознаграждения за выполнение договорных обязательств определяется не в соответствии с заранее установленной в договоре ценой, а в предоставлении концессионеру государственным заказчиком права оказывать услуги по эксплуатации объектов государственной (в широком смысле) собственности или осуществлять иную экономическую деятельность в интересах государства в рамках предоставленной ему концессии в обмен на платежи третьих лиц — получателей его услуг. При этом концессионер действует самостоятельно за свой счет, включая все коммерческие риски и риски рефинансирования. См.: С-206/08 Eurawasser, п. 59 ff. [2010]. Его платежи государственному заказчику за предоставление права на концессию возможны в различных видах — от налогов и сборов до отчислений с получаемой прибыли.

⁴² См., напр.: С-324/98 Telaustria, [2000] п. 62; С-458/03 Parking Brixen; С-196/08 Acoset [2010], п. 46. Не подлежат праву государственных заказов ЕС и трудовые договоры, в отношении которых действует Директива 96/71 о командированных рабочих.

Право государственных закупок ЕС и доктрина «in house»

Согласно этой доктрине получение провайдером государственного заказа *напрямую* без проведения конкурса (тендера) возможно лишь при наличии двух условий:

- если государственный заказчик осуществляет над провайдером контроль, подобный (но не идентичный) контролю над собственным структурным подразделением;
- провайдер осуществляет свою основную деятельность преимущественно в интересах и для государственного заказчика, имеющего свою долю в капитале данного провайдера⁴³.

На практике это означает, что провайдер должен служить *инструментом* государственного заказчика, так что отношения между ними не являются отношениями равенства (как между партнерами в договоре), а скорее **внутренними, зависимыми, субординационными**⁴⁴. Кроме того, эти условия должны толковаться **узко**, поскольку отношения «in house» рассматриваются как *исключение* из общих принципов права ЕС о государственных закупках⁴⁵.

В свете сказанного интерес представляет и участие в государственных заказах предприятий смешанного типа, т.е. предприятий с государственно-частным капиталом, которые контролируются государством. Здесь, так сказать, ведущим прецедентом служит решение Суда ЕС по делу **Stadt Halle**⁴⁶. В данном деле город Галле (Германия) выдал государственный заказ на переработку отходов частной компании «*Recycling Park Lochau GmbH*» без проведения необходимых конкурсных процедур, поскольку 75,1% долевого участия в компании принадлежало городу, а остальное — частному инвестору. Как следствие, город обладал большинством в 75% голосов в собрании акционеров и контролировал его решения, равно как и счета фирмы. На этом основании город решил, что имеют место отношения «in house», а не предоставление государственной закупки. Суд ЕС не согласился с мнением города и подчеркнул, что даже *минимальная* доля частного капитала в компании с участием государственного заказчика **исключает** возможность его контроля над этой компанией как над собственным структурным подразделением, поскольку частные вложения тесно связаны с частными интересами и преследуют иные цели, нежели реализация общегосударственных интересов.

Таким образом, решение Суда ЕС по данному делу подтвердило, что смешанные государственно-частные компании (предприятия) подлежат праву государственных закупок ЕС. И не имеет значения, что **юридически** они контролируются государством. **Фактически** такие компании благодаря частным инвестициям, независимо от их величины, могли получать конкурентные преимущества.

В дальнейшей своей практике Суд ЕС признал, однако, допустимым применение доктрины «in house», если государственный заказчик контролирует смешанную компа-

⁴³ Термин «государственный заказчик» используется здесь в обобщающем смысле. Их может быть несколько — см.: C-231/03 Coname [2005].

⁴⁴ См.: C- 295/05 Asenfo/Tragsa [2007], п. 49-54.

⁴⁵ Подтверждением этому служит практика Суда ЕС. Например, согласно решению Суда ЕС по делу C-458/03 Parking Brixen [2005] отношения «in house» следует признавать лишь в тех случаях, если провайдер служит «практическим продолжением государственного заказчика, в том смысле, что государственный заказчик непосредственно руководит им как своим структурным подразделением и ограничивает сферу его деятельности рамками собственной (т.е. государственного заказчика) территориальной и предметной компетенции». См. также: C-324/07 Coditel Brabant [2008], п. 28.

⁴⁶ C-26/03 [2005].

нию как собственное структурное подразделение и 90% ее деятельности осуществляется в его интересах⁴⁷.

Доктрина «in house» благодаря практике Суда ЕС сформировалась и стала активно применяться на практике в последние 10 лет главным образом в сфере коммунальных услуг. Это особенно важно для Европы, где эта сфера на 80% является частью государственного сектора. Например, в Португалии с помощью правовых механизмов, разработанных на основе принципов доктрины «in house», удалось решить инфраструктурные проблемы снабжения населения питьевой водой и наладить эффективную систему управления утилизацией городских отходов и канализационной сетью.

В целом эта доктрина послужила основой для разработки государством новых правовых инструментов для эффективного осуществления собственной предпринимательской деятельности и привлечения частного капитала, его знаний и опыта для решения общественно значимых задач⁴⁸.

Процедуры конкурсов (тендеров) по предоставлению государственных заказов

В директивах 2004/17 и 2004/18 закреплены условия и требования процедур проведения конкурсов по предоставлению государственных заказов.

Национальное законодательство, по определению, применимо ко всем участникам торгов в пределах территориальной юрисдикции и применяется без необходимости дальнейшей внутренней имплементации. На национальном уровне могут существовать органы инспекции, которые постоянно мониторят и обеспечивают выполнение законодательства, соблюдение безопасности жизни и здоровья, равенство расовой и половой принадлежности, охраняют окружающую среду.

Предусмотрены четыре различные процедуры.

Открытая процедура, в которой могут принимать участие предприятия всех государств-членов. Другими словами, она предусматривает неограниченный круг участников⁴⁹.

Закрытая процедура, согласно которой число участников конкурса ограничено предприятиями (как правило, не более пяти), заранее выбранных государственным заказчиком после проведения процедуры предварительного **квалификационного отбора** или составления короткого списка.

Квалификация поставщиков проходит под конкретный контракт, т.е. механизм, который позволяет определить, сможет ли поставщик выполнить данный контракт или нет. Важно убедиться, что участники торгов имеют хорошую профессиональную репутацию, ответственны и надежны. Это используется, чтобы убедиться, что участники торгов имеют все финансовые ресурсы, которые необходимы. Покупатель также должен быть удовлетворен тем, что участники торгов технически подготовлены к исполнению конкретного контракта.

⁴⁷ См.: C- 295/05 Asemfo/Tragsa [2007], п. 57–61. В решении по данному делу Суд ЕС опирался на разработанные им критерии применения доктрины «in house»: во-первых, государственный заказчик (а это была одна из испанских территориальных общин) осуществлял в силу закона контроль над смешанной компанией как над собственным структурным подразделением, хотя обладал лишь одной (!) акцией стоимостью в 0,25% ее основного капитала, и, во-вторых, деятельность этой компании была направлена практически полностью на реализацию его интересов.

⁴⁸ Подробнее о доктрине «in house» см., напр.: «European public law», в. 16, May 2010, no 2. P. 201 ff.

⁴⁹ Открытой процедуре предшествует опубликование единой терминологии государственного заказа: Регламент 2151/2003 — O.J. 2003,L.329/1. Она призвана исключить возможность дискриминации.

Подтвердить **финансовое или экономическое положение** можно, предоставив документальное подтверждение оборота компании или крупного корпоративного объединения, а по контрактам по услугам предоставить страховую гарантию, покрывающую профессиональный риск. Покупатель будет обращать внимание на такие вещи, как **техническая** квалификация сотрудников, ответственных за выполнение контракта, уровень технологий, доступных для торгов и состояние оборудования.

Экономическая деятельность является обязательным фактором: поставщик не должен быть банкротом, находиться в процессе ликвидации, совершать профессиональные преступления, не иметь ареста на имущество и выполнять обязательства по уплате налогов. В Италии помимо общих требований к участникам тендеров применяются специфические требования, касающиеся экономического и финансового потенциала, например, предоставление списков с объемом оборотов продукции и чистого объема собственных средств.

Процедура конкурентного диалога имеет место в основном при реализации сложных проектов комплексного типа. Он начинается с опубликования письменного сообщения о проекте. Затем заинтересованные предприятия связываются с государственным заказчиком, который на основе соответствующих критериев выбирает по крайней мере трех участников и ведет с каждым из них в отдельности конфиденциальный диалог с целью согласовать финансовые условия государственного заказа. После принятия устраивающих заказчика решений он предлагает участникам дать предложения, которые должны быть *неизменными, конкурентоспособными и не дискриминационными*. Заказ дается наиболее выгодному с экономической точки зрения предложению.

Процедура переговоров государственного заказчика с выбранным им предприятием об условиях государственного заказа предусмотрена в секторальной Директиве 2004/17⁵⁰.

На **стадии присуждения контракта** главная цель — это обеспечить, что покупатель платит самую низкую цену за продукцию и услуги, которые отвечают его требованиям. В случае **наиболее экономически выгодного предложения** цена будет элементом для сравнения, но, как правило, это только один элемент, который необходимо принимать во внимание и по сравнению с другими требованиями. Если введение дополнительных критериев связано с экономической выгодой для покупателя и это влияет на цену на товары или услуги, то возможность введения таких дополнительных критериев лучше соразмерно уменьшить (к примеру, когда товар заметно влияет на окружающую среду и из-за этого возрастает цена — участники торгов вынуждены будут компенсировать такие завышенные цены).

В решении Верховного Административного Суда Швеции от 23 декабря 1998 г.⁵¹, которое касалось закупок архитектурных услуг для муниципального совета, государственный заказчик должен был выбрать как критерий оценки либо самую низкую цену, предложенную в заявке, либо экономически наиболее выгодные условия поставки, учитывая соответствующие обстоятельства, указанные в конкурсной документации. В данном деле муниципальные власти пренебрегли при выборе критерия оценки обстоятельствами, указанными в конкурсной документации. Верховный Суд постановил, что при отсутствии четкого обратного указания муниципальный совет должен был выбрать критериями оценки самую низкую цену. Вместо этого, приняв заявку с более высокой

⁵⁰ Эта процедура, как и все остальные, носит публичный характер, т.е. о ней объявляют через средства массовой информации. К этой процедуре прибегают, как правило, в случае возникновения трудностей при проведении процедуры конкурентного диалога.

⁵¹ Т 1441-97.

ценой, муниципальный совет нанес ущерб участнику торгов, предложившему самую низкую цену. Суд присудил жалобщику компенсацию в размере утерянной прибыли.

Помимо указанных выше процедур, директивы 2004/17 и 2004/18, следуя веяниям времени, вводят новые процедуры, в которых речь идет об *электронных формах* выдачи государственных заказов.

Это, прежде всего, процедура **динамической системы государственных закупок**, которая касается электронной торговли и в основе которой лежит принцип занесения провайдеров, претендующих на получение заказа, в *электронный каталог*⁵².

Другая форма — **электронный аукцион**. Он может проводиться во всех процедурах, за исключением *конкурентного диалога*. Речь идет о полностью электронной процедуре рассмотрения заказчиком предложений участников аукциона на основании заранее объявленных им критериев предоставления заказа. В течение торгов провайдеры могут улучшать свои предложения с точки зрения цены и качества. К концу аукциона определяется победитель, которому и отдается заказ⁵³.

Говоря о процедурах в целом, следует подчеркнуть, что директивы отдают предпочтение **открытой и закрытой процедурам**, которые имеют *одинаковый юридический статус*, и государственный заказчик может выбирать любую из них. Остальные процедуры *субсидиарны* по отношению к первым двум и по большей части могут применяться лишь в исключительных случаях, когда речь идет о сложных заказах⁵⁴.

Еще одной важной чертой процедур является требование, относящееся ко всем видам конкурсов, — обязательное информационное обеспечение **на всей территории ЕС**. Это достигается путем **опубликования необходимых сведений** о конкурсах в соответствующем разделе «Ведомостей ЕС» (OJEU) и в *Электронной торговой базе данных* (Tender Electronic Daily).

Наконец, следует подчеркнуть, что согласно директивам государственный заказчик обязан проверить экономические, финансовые и технические возможности претендентов на получение заказа независимо от экономической эффективности их предложений⁵⁵. Если выяснится, что экономический и технический потенциал провайдера недостаточен для выполнения заказа, он не допускается к участию в конкурсе⁵⁶.

После присуждения контракта объявление с указанием наименования победителя конкурса, цены, предложенной победителем, а также стоимости и части контракта, которая будет передана в форме субконтракта третьей стороне.

Исключительно важным стало включение в право ЕС о государственных закупках в дополнение к экономическим **неэкономическим критериев**, в первую очередь **социальных и экологических**⁵⁷. Все это свидетельствует о возросшей роли социальных и природоохранных аспектов в экономической деятельности ЕС, что призвано в большей мере учитывать интересы потребителей с точки зрения улучшения качества жизни.

⁵² Система имеет временные рамки и рассчитана на четыре года.

⁵³ Детальное описание всех конкурсных процедур см., напр.: *E. Pache, M. Knauf*. Op. cit. S. 182 f.f.

⁵⁴ Например, когда речь идет о строительстве инфраструктурных объектов и управлении ими.

⁵⁵ См. решение Суда ЕС — 31/87 Beentjes [1988], n. 15.

⁵⁶ К конкурсу не допускаются также провайдеры, которые согласно вступившему в силу решению суда не уплатили налоги.

⁵⁷ Статья 55 Директивы 2004/17 и ст. 53 Директивы 2004/18. Большую роль здесь сыграла предшествующая принятию директив практика Суда ЕС. См.: C-513/99 *Concordia bus Finland v Helsinki Municipality* [2002] ECR I-7213, n. 64ff; C-448/01 *EVN AG and Wienstrom GmbH v Republic of Austria* [2003] ECR I-14527.

Правовая защита в случае нарушения права ЕС о государственных закупках

В случае нарушения права ЕС о государственных заказах участник, проигравший конкурс, может обратиться с жалобой в Европейскую Комиссию, которая наделена правом обратиться в Суд ЕС с иском о нарушении права ЕС соответствующим государством-членом на основании **ст. 258** ДФЕС (бывшая **ст. 226** Договора о Европейском Сообществе). Наряду с этим действует также *процедура устранения нарушений*, предусмотренная в упомянутых директивах 89/665 и 92/13 и изменяющей их Директиве 2007/66⁵⁸, согласно которой Комиссия может потребовать от государства-члена устранить явное нарушение права государственных заказов ЕС.

Не менее важна правовая защита со стороны **национальных властей и судов**. Решающее значение имеет тот факт, что процедура контроля за выдачей государственного заказа доступна всем заинтересованным в его получении. С этой целью государства-члены создают необходимые независимые контрольные инстанции, которые наделяются судебными компетенциями в смысле **ст. 267** ДФЕС (бывшая **ст. 234** Договора о Европейском сообществе)⁵⁹. И хотя подобные учреждения *институционально* являются властными структурами, *функционально* их следует рассматривать как судебные инстанции⁶⁰. Их решения могут оспариваться высшими национальными судами, включая и обращения в Суд ЕС согласно **ст. 267** ДФЕС.

Цель подобных средств правовой защиты — не только отменять противоправные решения о выдаче государственных заказов, но и договоров о реализации государственных заказов, заключенных на основе такого решения, если эти договоры еще не исполнены. Участник, проигравший конкурс (торги) в результате нарушающего право государственных закупок решения, может потребовать возмещения убытков, если докажет наличие причинно-следственной связи между данным нарушением и причиненным ему вредом.

Условия применения права государственных заказов государств-членов

Директивы о праве государственных заказов ЕС включаются в соответствующее законодательство государств-членов и, помимо прочего, определяют конкурсные процедуры и инстанции, компетентные осуществлять на национальном уровне правовую защиту в случае принятия неправомερных решений о выдаче государственных заказов. Положения директив действуют в отношении государственных закупок, сумма которых **превышает** закрепленные в них пороговые уровни⁶¹.

⁵⁸ Директива 2007/66 направлена на достижение большей эффективности средств правовой защиты и правовой стабильности. Например, ныне обжалование решения о предоставлении государственного заказа автоматически влечет за собой приостановку действия этого решения. Соответственно, договоры с провайдерами могут подписываться только по истечении срока приостановки решения и только с предварительным уведомлением всех участников. Нарушение само по себе влечет недействительность договора, если в течение шести месяцев с момента его констатации не была обжалована процедура контроля.

⁵⁹ В ст. 267 ДФЕС речь идет о принятии Судом ЕС преюдициальных решений.

⁶⁰ C-410/01 Frisch, Chiari & Partner [2003], n.19,31.

⁶¹ C-59/00 Bent Moustén Vestergaard v Spottrup Boligselskab [2001] ECR I-9505.

Директивы применяются только к контрактам на закупку выше заданного порогового значения. Это контракты, которые наиболее четко способны влиять на рыночную конкуренцию и на торговлю между государствами-членами: либо контракты, которые имеют достаточно высокую стоимость, чтобы привлечь поставщиков из других государств-членов (т.е. когда существует потенциальная выгода выиграть тендер, и это перевешивает дополнительные расходы на доставку товаров, работ или услуг при наличии большого расстояния), и/или те контракты, объектами которых является потенциальная возможность межграничной и международной торговли.

Что касается государственных заказов, сумма которых **ниже** пороговых уровней директив, то они подлежат автономному регулированию национальным бюджетным правом государств-членов. Однако при этом национальное право должно учитывать основные принципы применения права государственных заказов ЕС:

- запрет дискриминации⁶²;
- принцип прозрачности (транспарентности);
- принцип справедливой конкуренции.

Директивы также исключают ряд конкретных контрактов из сферы своего действия. Исключения распространяются на общественные услуги, договоры правовой уступки, контракты на закупку ряда военной техники. Также есть исключения, касающиеся контрактов на предоставление конкретных видов услуг, на приобретение земельных участков и контрактов в секторе ЖКХ. В директивах в первую очередь определены те приоритетные услуги, в которых есть потенциал для значительной межграничной торговли.



Библиография

Де Лухт К., Барниель М. О рынках Европы и стремлении к свободному рынку. Почему новый международный инструмент государственных закупок откроет рынки по всему миру [Электронный ресурс] URL:

http://eeas.europa.eu/delegations/kazakhstan/documents/eu_kazakhstan/public_procurement_ru.pdf

Храмкин А. Международный опыт построения системы госзакупок // Бюджет.ру: Социальная сфера. 01 Сент. 2008. № 9 // URL: <http://www.bujet.ru/article/46008.php>

European public law, v.16, May 2010, no 2.

Trepte P. Public Procurement in the EU: A practitioner's Guide, Second Edition. Oxford: Oxford University Press, 2007.

Директива 2004/17/EC, DIRECTIVE 2004/17/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL, 31 March 2004, «Coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors», Eur-lex, Europa // URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0001:0113:en:PDF>

Директива 2004/18/EC, DIRECTIVE 2004/18/EC OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL, 31 March 2004, «On the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts», Eur-lex, Europa // URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0114:0240:EN:PDF>

Договор о Европейском Союзе: от 17.11.1993 // Официальный журнал, Treaty on European Union — Maastricht Treaty, in force from 1st of November 1993, Eur-lex, Europa // URL: <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html>

Регламент 2151/2003 — O.J. 2003,L.329/1, COMMISSION REGULATION (EC) No 2151/2003 of 16

⁶² Case 307/87 Commission v Greece [1989] ECR 1461; Case 186/87 Ian William Cowan v Tesor Public [1989] ECR 195; Case 136/78 Ministere Public v Vincent Auer [1979] ECR 437; Case 271/82 Second Auer Case [1982] ECR 2727.

December 2003, «Amending Regulation (EC) No 2195/2002 of the European Parliament and of the Council on the Common Procurement Vocabulary (CPV)», Eur-lex, Europa // URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:329:0001:0270:EN:PDF>

Регламент 1422/2007, O.J. 2007, L.317/34, COMMISSION REGULATION (EC) No 1422/2007 of 4 December 2007, «Amending Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council in respect of their application thresholds for the procedures for the award of contracts», Eur-lex, Europa // URL: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:317:0034:0035:EN:PDF>

C- 373/00 Adolf Truly GmbH v Bestattung Wien GmbH ('Truly') [2003] ECR I-1931.

C-223/99 and C-260/99 Agora Srl and Excelsior Snc di Pedrotti Bruna & C. v Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano and Ciftar Soc.coop.arl ('Agora') [2001] ECR 3605.

Case C-434/02 Arnold Andre GmbH & Co KG v Landrat des Kreises Herford ('Arnold') [2004] ECR I-11825.

C-59/00 Bent Mousten Vestergaard v Spottrup Boligselskab [2001] ECR I-9505.

C-87/94 Commission v Belgium ('Walloon Buses') [1996] ECR I-2043.

C-234/89 Commission v Denmark [1993] ECR I-3353.

Case 307/87 Commission v Greece [1989] ECR 1461.

C-507/03 Commission v Ireland (OJ 2004 C35/4).

C-45/87 Commission of the European Communities v Ireland ('Dundalk') [1987] ECR 4929.

C-353/93 Commission of the European Communities v Ireland ('Coillte Teoranta') [1998] ECR 8565.

C-323/96 Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium ('Vlaamse Raad') [1998] ECR I-5063.

C- 513/99 Concordia bus Finland v Helsinki Municipality [2002] ECR I-7213.

C-360/97 Connemara Machine Turf Co Ltd v Coillte Teoranta ('Connemara') [1998] ECR I-8761.

C-231/03 Consorzio Aziende Metano ('Coname') v Padania Acque SpA ('Coname') [2005] ECR I-7287.

C-27-29/86 Constructions et Entreprises Industrielles (CEI) & Bellini v Association Intercommunale pur les Autoroutes des Ardennes ('Ardennes') [1987] ECR 3347.

C-448/01 EVN AG and Wienstrom GmbH v Republic of Austria [2003] ECR I-14527.

C-410/01 Frisch, Chiari & Partner [2003].

C-31/87 Gebroeders Beentjes BV v State of the Netherlands ('Beentjes') [1998] ECR 4635.

C-360/96 Gemeentden Arnhem and Gemeente Rheden v BFI Holding BV ('Arnhem') [1998] ECR I-6821.

Case 186/87 Ian William Cowan v Tresor Public [1989] ECR 195.

C-285 и C-286/99 Impresa Lombardini SpA — Impresa Generale di Costruzioni v ANAS — Ente nazionale per le strade and Societa Italiana per Condotte d'Acqua SpA ('Impresa Lombardini') (C-285/99), Impresa Ing.Mantovani SpA v ANAS — Ente nazionale per le strade and Ditta Paolo Bregoli (C — 286/99) [2001] ECR I-9233.

Case C-304/01 Kingdom of Spain v Commission of the European Communities [2004] ECR I-7655.

C-44/96 Mannesmann Analgenbau Austria AG and Others v Strobal Rotationsdruck GmbH ('Mannesmann') [1998] ECR I-73.

Case 136/78 Ministere Public v Vincent Auer [1979] ECR 437.

C-399/98, n. 73 Ordine degli Architetti di Milano and Others ('Architetti') [2001] ECR I-5409.

C-458/03 Parking Brixen GmbH v Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG ('Parking Brixen') [2005] ECR I-8612.

Case 271/82 Second Auer Case [1982] ECR 2727.

C-324/98 Telaustria and Telefonadress ('Telaustria') [2000] ECR I-10745.

C-275/98 Unitron Scandinavia et al v Ministeret for Fodvarer, Landbrug og Foskeri ('Unitron') [1999] ECR I-8291.

Regulating the Sector of Public Procurement in Regional Trade Associations in the EU



Tatyana Kachurina

Postgraduate student, Department of International Law, National Research University Higher School of Economics. Address: National Research University «Higher School of Economics», 20 Myasnitskaya str., Moscow, 101000, Russian Federation. E-mail: mejpravo@hse.ru



Abstract

This paper deals with the problem of the international public procurement sector regulation in the regional trade unions in the European Union. The article examines the key regional legal documents of the European Union such as EU Directives and analyzes the problems of their legal application at the national level. The directives form the basis for the regulation mechanism of the public procurement and coordinate procedures for public bidding for both private and state-owned enterprises. The directives encourage free competition in the bidding process and stimulate cross-border trading. The paper describes various ways of applying the basic principles of the public procurement law (in particular, it deals with the aspect of the transparency principle as a mechanism to control public contracts' award). The principle of transparency is considered in the paper as a "monitoring tool" for public procurement contracts. Transparency principle is described in international judicial practice, where the goal of applying the transparency principle is seen as a guarantee of compliance with other fundamental legal principles (e.g. the principle of fair competition and the principle of non-discrimination). It describes EU Directives' subjective and objective application scope and the procedures of public procurement contracts' award. The article points out the main terms and conditions of the tender procedures and outlines issues of possible violations of the EU and national law by the public authorities involved in procurement practice. The article provides a detailed overview of the tendering procedures' types, the process of suppliers' qualifications and defines procurement financial thresholds. Directives prescribe four different public procurement procedures (open, closed, competitive dialogue procedure and negotiation). Presenting of the essential internal company or financial documentation is compulsory step in the process of suppliers' qualification. The article also discusses the importance of the most advantageous economic proposals in the procedure of the contract award. The author refers to the topic of advertising as a method of important information disclosure during the tendering process and discusses potential «pitfalls» in the field of information security breach. The article analyses EU judicial practice and raises the issue of application of the «in house» doctrine.



Keywords

public procurement law, EU procurement law, international procurement law, procurement principles, international procurement, regional trade union, EU Directive, transparency principle, non-discrimination principle, in house doctrine, procurement method, tendering procedure, contract award, objective scope, subjective scope, procurement supplier.



References

- De Gucht, Barnier M. *On the Markets of Europe and striving free market*
http://eeas.europa.eu/delegations/kazakhstan/documents/eu_kazakhstan/public_procurement_ru.pdf
- Khramkin A. *Mezhdunarodniy opyt postroeniya systemy goszakupok* [International experience of procurement]. Available at Budget.ru <http://www.bujet.ru/article/46008.php> (accessed 12 November 2013).
- European Public Law* (2010), vol.16, May 2010, no 2.
- Trepte P. (2007) *Public Procurement in the EU: A practitioner's Guide*. 2nd ed. Oxford: Oxford University Press.

Directive 2004/17/ec, directive 2004/17/ec of the European Parliament and of the Council, 31 March 2004, «Coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors», Eur-lex, Europa. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0001:0113:en:PDF> (accessed 12 November 2013).

Directive 2004/18/ec, directive 2004/18/ec of the European Parliament and of the Council, 31 March 2004, «On the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts», Eur-lex, Europa. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0114:0240:EN:PDF> (accessed 12 November 2013).

Treaty on European Union — Maastricht Treaty, in force from 1st of November 1993, Eur-lex, Europa. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/en/treaties/dat/11992M/htm/11992M.html> (accessed 12 November 2013).

Regulation 2151/2003 — O.J. 2003,L.329/1, COMMISSION REGULATION (EC) No 2151/2003 of 16 December 2003, «Amending Regulation (EC) No 2195/2002 of the European Parliament and of the Council on the Common Procurement Vocabulary (CPV)», Eur-lex, Europa, Available at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:329:0001:0270:EN:PDF> (accessed 12 November 2013).

Regulation 1422/2007, O.J. 2007, L.317/34, COMMISSION REGULATION (EC) No 1422/2007 of 4 December 2007, «Amending Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council in respect of their application thresholds for the procedures for the award of contracts», Eur-lex, Europa. Available at: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:317:0034:0035:EN:PDF> (accessed 12 November 2013).

C- 373/00 Adolf Truly GmbH v Bestattung Wien GmbH ('Truly') [2003] ECR I-1931.

C-223/99 and C-260/99 Agora Srl and Excelsior Snc di PedrottiBruna & C. v Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano and Ciftar Soc. coop. arl ('Agora') [2001] ECR 3605.

Case C-434/02 Arnold Andre GmbH & Co KG v Landrat des Kreises Herford ('Arnold') [2004] ECR I-11825.

C-59/00 Bent Mousten Vestergaard v Spottrup Boligselskab [2001] ECR I-9505.

C-87/94 Commission v Belgium ('Walloon Buses') [1996] ECR I-2043.

C-234/89 Commission v Denmark [1993] ECR I-3353.

Case 307/87 Commission v Greece [1989] ECR 1461.

C-507/03 Commission v Ireland (OJ 2004 C35/4).

C-45/87 Commission of the European Communities v Ireland ('Dundalk') [1987] ECR 4929.

C-353/93 Commission of the European Communities v Ireland ('Coillte Teoranta') [1998] ECR 8565.

C-323/96 Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium ('Vlaamse Raad') [1998] ECR I-5063.

C-513/99 Concordia bus Finland v Helsinki Municipality [2002] ECR I-7213.

C-360/97 Connemara Machine Turf Co Ltd v Coillte Teoranta ('Connemara') [1998] ECR I-8761.

C-231/03 Consorzio Aziende Metano ('Coname') v Padania Acque SpA ('Coname') [2005] ECR I-7287.

C-27-29/86 Constructions et Enterprises Industrielles (CEI) & Bellini v Association Intercommunale pour les Autoroutes des Ardennes ('Ardennes') [1987] ECR 3347.

C-448/01 EVN AG and Wienstrom GmbH v Republic of Austria [2003] ECR I-14527.

C-410/01 Frisch, Chiari & Partner [2003].

C-31/87 Gebroeders Beentjes BV v State of the Netherlands ('Beentjes') [1998] ECR 4635.

C-360/96 Gemeentden Arnhem and Gemeente Rheden v BFI Holding BV ('Arnhem') [1998] ECR I-6821.

Case 186/87 Ian William Cowan v Tesor Public [1989] ECR 195.

C-285 и C-286/99 Impresa Lombardini SpA — Impresa Generale di Costruzioni v ANAS — Entenazionale per le strade and Societaltaliana per Condotted' Acqua SpA ('Impresa Lombardini') (C-285/99), Impresalng. Mantovani SpA v ANAS — Entenazionale per le strade and Ditta Paolo Bregoli (C-286/99) [2001] ECR I-9233.

Case C-304/01 Kingdom of Spain v Commission of the European Communities [2004] ECR I-7655.