

Принципы правового регулирования государственных закупок в Европейском Союзе

Аннотация. В настоящей статье рассматриваются принципы правового регулирования государственных закупок в Европейском Союзе. В статье раскрываются не только общепризнанные принципы права ЕС о государственных закупках, а именно пропорциональность, прозрачность, взаимное признание, но и такие принципы, как справедливость, объективность, принцип государственной власти как заказчика государственных закупок и принцип минимальной стоимости (*de minimis*). Особое внимание в статье уделяется анализу практики Суда Европейского Союза.

Ключевые слова: Европейский Союз, государственные закупки, принципы.

DOI: 10.17803/1994-1471.2016.73.12.175-182

Введение

В настоящее время законодательство Европейского Союза о государственных закупках претерпевает значительные изменения: в апреле 2016 г. Директива 2004/18/ЕС¹ и Директива 2004/17/ЕС² уступила свое место принятому в 2014 г. новому пакету директив

(Директива 2014/23/ЕС о присуждении концессионных соглашений³, Директива 2014/24/ЕС о государственных закупках⁴ и Директива 2014/25/ЕС о государственных закупках в сферах водоснабжения, энергетики, транспорта и почтовой связи⁵). При этом особую актуальность приобретает рассмотрение принципов

¹ Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts // OJ L 134. 30.04.2004. P. 1.

² Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors // OJ L 134. 30.04.2004. P. 1.

³ Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts Text with EEA relevance // OJ L 94. 28.03.2014. P. 1.

⁴ Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC Text with EEA relevance // OJ L 94. 28.03.2014. P. 1.

⁵ Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC Text with EEA relevance // OJ L 94. 28.03.2014. P. 1.

© Камалян А. М., 2016

* Камалян Артур Михайлович, аспирант кафедры интеграционного и европейского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)

Arthur.kamalyan@gmail.com

125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

права ЕС о государственных закупках, поскольку они оставались неизменными на протяжении всей эволюции регулирования государственных закупок в ЕС либо претерпевали весьма незначительные изменения.

Принципы права ЕС о государственных закупках

Под принципами права понимают руководящие идеи, основные начала, которые определяют содержание и направление правового регулирования отрасли⁶. В числе принципов правового регулирования государственных закупок в ЕС традиционно выделяются следующие: принцип прозрачности, принцип взаимного признания, принцип недискриминации, принцип равного обращения, принцип пропорциональности⁷. Ряд авторов дополнительно выделяют принцип справедливости, принцип объективности, принцип государственной власти как заказчика государственных закупок и принцип *de minimis* (минимальной стоимости)⁸.

Принцип государственной власти как заказчика государственных закупок

Крайне важно четко и ясно определить заказчика закупок, поскольку от этого зависит применимость соответствующих норм. В связи с этим представляется логичным в первую очередь раскрыть принцип государственной власти как заказчика государственных закупок, хотя он и не является одним из общепринятых принципов.

Термин «заказчик» в праве ЕС о государственных закупках трактуется максимально широко — как любая организация, которая распоряжается бюджетными средствами, преследуя общественную цель или действуя в ее интересах. В качестве заказчика право ЕС выделяет государство и его органы в функциональном значении. Термин «государство» охватывает не только центральное правительство, но и региональное, местное, а также муниципалитет⁹. Что касается органов, деятельность которых регули-

руется публичным правом, то для признания их таковыми необходимо наличие трех критериев одновременно. Во-первых, они созданы с целью удовлетворения потребностей общественного интереса — иных, чем промышленного и торгового характера. Во-вторых, они должны обладать правосубъектностью. В-третьих, их деятельность финансируется за счет государства либо государство (в широком смысле) осуществляет непосредственно управленческий или надзорный контроль над их деятельностью. Необходимо помнить о функциональном критерии термина «государство» в контексте правового регулирования государственных закупок в ЕС: даже если орган формально не является составной частью государственного управления, но был создан для осуществления возложенных на него законодательством функций, такой орган подпадает под понятие «государство» применительно к законодательству ЕС о государственных закупках¹⁰.

Таким образом, заказчиком при проведении государственных закупок в ЕС является не только центральное правительство, но и региональное, местное, муниципальное правительства, а также организации, деятельность которых регулируется публичным правом, даже если они формально не входят в систему государственного управления.

Принцип прозрачности

Будучи одним из ключевых принципов в правовом регулировании государственных закупок в ЕС, принцип прозрачности преследует две основные цели: во-первых, обеспечить функционирование открытой системы государственных закупок в государствах-членах с исключением любой дискриминации по признаку гражданства; во-вторых, создать все условия для доступа предприятий из государств-членов к процедурам тендеров. Последнее достигается путем направления различных уведомлений, в том числе опубликованных в официальном журнале ЕС.

⁶ См.: Право Европейского Союза : в 2 т. Т. 1 : Общая часть / под ред. С. Ю. Кашкина. М., 2013. С. 125.

⁷ Директива 2004/18/ЕС, п. 2 преамбулы.

⁸ См.: Bovis C. H. EU Public Procurement Law. Cheltenham, 2007.

⁹ C-103/88 Fratelli Costanzo v Milano, para 32. ECLI:EU:C:1989:256.

¹⁰ C-31/87 Gebroeders Beentjes BV v State of the Netherlands, para 11. ECLI:EU:C:1988:422.

Прозрачность государственных закупок — это результат в основном исполнения обязанности заказчика по надлежащему извещению и уведомлению всех заинтересованных сторон, сообщению им всей необходимой информации для возможности участвовать в тендере, а также оглашения результатов¹¹. Принцип прозрачности налагает на государство при проведении государственных закупок обязательство по обеспечению в пользу любого потенциального участника торгов надлежащего уровня оповещения, достаточного для создания конкуренции, а также для контроля над беспристрастностью процедуры закупок¹².

Кроме того, принцип прозрачности обеспечивает равные возможности для всех участников тендера. Так, уведомление о проведении торгов должно содержать информацию о крайнем сроке подачи заявок, чтобы у всех потенциальных участников было одинаковое количество времени после опубликования уведомления на подготовку заявки¹³.

Принцип прозрачности имеет огромное и очевидное влияние на развитие торговли между государствами-членами. Чем больше заинтересованных потенциальных поставщиков, тем выше конкуренция, а это непременно скажется на ценах контракта в заявках. Сам факт того, что больше заинтересованных поставщиков знают о предстоящем тендере и о том, что их основные конкуренты также владеют информацией о проведении закупок, имеет огромное влияние на стоимость контракта. С одной стороны, заказчик получает возможность сравнить заявки на предмет самой низкой цены и лучшего качества. С другой стороны, участники тендера, если они реально заинтересованы в получении контракта, уже не могут объявлять слишком высокую цену, поскольку вынуждены оглядываться на конкурентов. По своей природе открытость и прозрачность государственных

закупок влечет за собой ценовую конкуренцию и ощутимые преимущества для заказчика. Однако у данной медали есть и обратная сторона. В частности, при большом количестве заявок возрастают административные издержки, связанные с направлением уведомлений всем участникам процедуры закупок. Кроме того, существует немалый риск, что заявки от малоизвестных предприятий окажутся своего рода «котом в мешке», поскольку неизвестно, смогут ли они обеспечить выполнение контракта по указанным в заявке ценам без ущерба для качества.

Итак, принцип прозрачности государственных закупок, будучи одним из ключевых принципов правового регулирования государственных закупок в ЕС, предполагает сообщение о проведении тендера потенциальным участникам, размещение всей необходимой информации (условий, сроков, требований и т. д.) для подачи заявки, извещение о присуждении контракта конкретному участнику.

Принцип равного обращения

Неразрывно связан с принципом прозрачности другой принцип — равного обращения. Принцип прозрачности направлен на обеспечение принципа равного обращения по отношению к участникам торгов, который должен соблюдаться при проведении любых закупок, подпадающих по действие Директивы¹⁴. Принцип равного обращения подразумевает, что участники торгов находятся в равных условиях как во время подачи заявок (иными словами, равное обращение при допуске до торгов), так и во время оценки этих заявок заказчиком¹⁵. Иными словами, с каждым участником тендера обращаются так же, как и с остальными, не ухудшая и не улучшая его положение по сравнению с конкурентами¹⁶. Принцип равно-

¹¹ URL: http://www.cr.piemonte.it/dwd/organismi/cons_euro/schede_UE/13_appalti-v3-2.pdf (дата обращения: 21.04.2016).

¹² C-324/98 Telaustria Verlags GmbH et Telefonadress GmbH contre Telekom Austria AG, para 62. ECLI:EU:C:2000:669.

¹³ C-87/94 Commission of the European Communities v Kingdom of Belgium, para 55. ECLI:EU:C:1996:161.

¹⁴ C-421/01 Traunfellner GmbH v Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen-Finanzierungs-AG (Asfinag), para 29. ECLI:EU:C:2003:549.

¹⁵ C-19/00 SIAC Construction Ltd v County Council of the County of Mayo, para 33—34. ECLI:EU:C:2001:553.

¹⁶ C-21/03 and C-34/03 Fabricom SA v Belgian State, para 31. ECLI:EU:C:2005:127.

го обращения, лежащий в основе Директив о государственных закупках, призван способствовать развитию конкуренции¹⁷, поскольку он обязывает заказчика создавать условия, при которых участники торгов будут обладать равными шансами на успех; не формулировать условия таким образом, чтобы один из участников получал преимущество «на старте»¹⁸.

Принцип равного обращения неоднократно фигурировал в практике Суда ЕС по делам, связанным с проведением государственных закупок. Так, не будет считаться нарушением принципа равного обращения ситуация, при которой заказчик требует от участника торгов передачи определенных документов, описывающих его текущее положение (например, опубликованный отчет), после истечения установленного срока на подачу документов¹⁹.

Кроме того, принцип равного обращения не считается нарушенным только на том основании, что заказчик допустил до участия в торгах предприятие, которое получает от заказчика или иного государственного органа субвенции, что позволяет ему установить цену значительно ниже по отношению к конкурентам, которые подобных субвенций не получают²⁰. Сам факт того, что заказчик может допустить до участия в торгах таких лиц, не представляет собой ни дискриминацию, ни ограничение, предусмотренное Договором о функционировании Европейского Союза (далее — ДФЕС)²¹. В данном случае, помимо принципа равного обращения, речь идет о государственной помощи в рамках государственных закупок.

В одном из своих новых решений Суд ЕС пришел к следующему выводу. Хозяйствующий субъект вопреки условию торгов, за нарушение которого предусматривается исключение

из числа участников, не смог представить документ, подтверждающий отсутствие судимости у лица, назначенного в качестве технического директора данного хозяйствующего субъекта. Даже если впоследствии заказчик получил уведомление об ошибочном назначении лица в указанной должности исключение такого участника будет правомерным, а принцип равного обращения не будет нарушен²².

Таким образом, принцип равного обращения обязывает заказчика одинаковым образом относиться ко всем участникам, создавать равные условия для доступа к информации, допуска до торгов, а также не создавать условия, которые могут поставить того или иного участника в лучшее или худшее положение по сравнению с остальными конкурентами. Принцип равного обращения обеспечивается за счет принципа прозрачности, о котором речь шла выше, и является особым аспектом принципа недискриминации, о котором далее пойдет речь.

Принцип недискриминации

В самом общем виде запрет дискриминации содержится в ст. 18 ДФЕС и в ст. 2 Договора о Европейском Союзе. Данный принцип считается одним из базовых в правовом регулировании государственных закупок в ЕС — об этом свидетельствует хотя бы тот факт, что слова «недискриминация» и «недискриминационный» употребляются в Директиве 2004/18/ЕС 19 раз²³. Согласно принципу недискриминации аналогичные ситуации не должны рассматриваться по-разному, а разные ситуации не должны рассматриваться одинаково, кроме случаев, когда такое рассмотрение является объективно обоснованным²⁴.

¹⁷ C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab, formerly Stagecoach Finland Oy Ab v Helsingin kaupunki and HKL-Bussiliikenne, para 81. ECLI:EU:C:2002:495.

¹⁸ T-402/06 Royaume d'Espagne contre Commission européenne, para 66. ECLI:EU:T:2013:445.

¹⁹ C-336/12 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser v Manova A/S, para 42. ECLI:EU:C:2013:647.

²⁰ C-94/99 ARGE Gewässerschutz v Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft, para 32. ECLI:EU:C:2000:677.

²¹ C-94/99 ARGE Gewässerschutz v Bundesministerium für Land und Forstwirtschaft, para 38.

²² C-42/13 Cartiera dell'Adda SpA contre CEM Ambiente SpA, para 50. ECLI:EU:C:2014:2345.

²³ De Koninck C., Ronse T. European Public Procurement Law: The European Public Procurement Directives and 25 Years of Jurisprudence by the Court of Justice of the European Communities : Texts and Analysis. Alphen aan den Rijn, 2008. P. 192.

²⁴ C-21/03 and C-34/03 Fabricom SA v Belgian State, para 27. ECLI:EU:C:2005:127.

Принцип недискриминации подразумевает не только устранение всякой дискриминации в отношении поставщика товаров, работ и услуг по признаку его национальной принадлежности, но и отмену ограничений (даже если они применяются в отношении как национальных поставщиков, так и поставщиков из других государств-членов), которые по своей природе направлены на запрет или препятствие иным образом деятельности поставщика, учрежденного в другом государстве-члене, где он оказывает аналогичные услуги²⁵. Принцип недискриминации, как и принцип равного обращения и прозрачности, применяется на всех стадиях проведения государственных закупок, а не только в момент подачи заявок. Если бы заказчик мог организовать процедуру торгов таким образом, что участники из других государств-членов не смогли бы подать свои заявки, то была бы подорвана конкуренция, а вместе с ней и идея внутреннего рынка, что противоречило бы праву Союза²⁶.

Вышеуказанные положения о принципах прозрачности и равного обращения вполне были бы уместны в отношении принципа недискриминации, поскольку последний является «медалью», сторонами которой принято считать принцип прозрачности и принцип равного обращения. Ввиду этого представляется бессмысленным повторять уже отмечавшиеся при анализе принципа прозрачности и принципа равного обращения моменты.

Таким образом, принцип недискриминации, закрепленный в договоре о функционировании Европейского Союза (ДФЕС), выражается в запрете различного обращения (в первую очередь по признаку национальной принадлежности) к сходным ситуациям, а также в запрете одинакового регулирования разных ситуаций.

Принцип пропорциональности

Перейдем к рассмотрению принципа пропорциональности, который является одним из общих принципов права Союза в правовом регулировании государственных закупок в ЕС. Его суть заключается в том, что мера может считаться пропорциональной только в том случае, если она надлежащая и необходима для достижения поставленной цели. Если цель можно достигнуть несколькими способами, то надлежит выбрать наименее обременительный, а издержки не должны быть непропорциональными по отношению к поставленной цели²⁷. Государства-члены обязаны в своих действиях руководствоваться принципом пропорциональности, когда они применяют право Союза²⁸, даже если в конкретной сфере они обладают достаточно широким объемом полномочий²⁹. Данный принцип имеет особое значение в правовом регулировании государственных закупок в ЕС, в частности, ввиду деятельности предприятий, на которые возложено управление службами общезакономического значения в соответствии со ст. 106 (2) ДФЕС. Так, государство при выплате компенсации предприятию за управление службой общезакономического значения не может выплатить сумму, большую, чем затраты на такое управление, согласно принципу пропорциональности³⁰.

Таким образом, принцип пропорциональности обязывает государства-члены при применении права ЕС принимать такие меры, которые являются необходимыми и достаточными для достижения поставленной цели. Известное высказывание «цель оправдывает средство» в этой связи абсолютно не уместно, поскольку не всякое средство будет соответствовать принципу пропорциональности, а только то, которое не идет дальше заявленной задачи и связано с минимальными затратами.

²⁵ T-384/10 Royaume d'Espagne contre Commission européenne, para 119. ECLI:EU:T:2013:277.

²⁶ C-16/98 Commission des Communautés européennes contre République française, para 107—109. ECLI:EU:C:2000:541.

²⁷ C-265/87 Hermann Schröder HS Kraftfutter GmbH & Co. KG v Hauptzollamt Gronau, para 21. ECLI:EU:C:1989:303.

²⁸ C-127/92 Dr. Pamela Mary Enderby v Frenchay Health Authority and Secretary of State for Health, para 27. ECLI:EU:C:1993:859.

²⁹ C-41/79, C-121/79 and C-796/79 Vittorio Testa, Salvino Maggio and Carmine Vitale v Bundesanstalt für Arbeit, para 21. ECLI:EU:C:1980:163.

³⁰ Bovis C. H. EU Public Procurement Law. Cheltenham : Elgar European Law, 2007. P. 184.

Принцип взаимного признания

Принцип взаимного признания как одно из фундаментальных положений внутреннего рынка ЕС имеет большое значение в регулировании государственных закупок. Впервые данный принцип был закреплен в деле «Cassis de Dijon»³¹, где Суд признал, что товары, законно произведенные в одном государстве-члене, могут беспрепятственно вводиться на рынок любого другого государства-члена. Таким образом, государство при проведении торгов не вправе отказывать поставщику товаров лишь на том основании, что они не соответствуют национальным требованиям, если они были произведены в соответствии с национальными требованиями государства-члена происхождения товара.

Итак, принцип взаимного признания является одним из базовых начал как при проведении государственных закупок, так и в праве ЕС в целом. Он направлен на сближение национальных законодательств государств-членов в тех сферах, где проблематично или невозможно принятие акта гармонизации или унификации, путем расценивания национальных требований одного государства-члена в качестве своих собственных на территории других государств-членов, и наоборот — принятие национальных требований других государств-членов в качестве своих собственных на территории отдельно взятого государства-члена.

Принцип de minimis

Говоря о регулировании государственных закупок в законодательстве ЕС, необходимо помнить, что Директивы применяются только к торгам, которые соответствуют критерию минимальной стоимости (*de minimis*). Контракты, стоимость которых ниже установленных в Директиве границ, не подпадают под ее действие. Однако это не значит, что такие принципы государственных закупок, как прозрачность, недискриминация, равное обращение, не подлежат применению. Минимальная стоимость контрактов, к которым применима Директива

2004/18/ЕС, указана в ст. 7 Директивы. Так, если заказчиком являются наиболее центральные органы власти (их перечень дается в Приложении IV к Директиве), то минимальная стоимость контракта на поставку товаров и оказание услуг составляет 162 000 евро. Для иных заказчиков этот порог увеличен до 249 000 евро. Что касается контрактов на выполнение работ, то минимальный порог независимо от заказчика составляет 6 242 000 евро. Статья 4 новой Директивы 2014/24/ЕС устанавливает более низкий минимальный барьер, тем самым расширив действие наднационального регулирования. Так, порог для контрактов на поставку товаров или оказание услуг составляет 134 000 евро, если заказчиком являются наиболее центральные органы власти, и 207 000 евро для иных заказчиков. Для выполнения работ минимальная сумма контракта составляет 5 186 000 евро. Кроме того, каждые два года Европейская комиссия принимает решение о возможном изменении указанных порогов в соответствии с международными обязательствами Союза³².

Однако нередко случаи, когда заказчик намеренно разбивает контракт на несколько, чтобы вывести проведение торгов из-под действия Директивы. Подобные действия со стороны заказчика не будут препятствовать применению Директивы, если выяснится, что дробление контракта происходило именно с целью вывести процедуру закупок в национальное регулирование.

Итак, принцип *de minimis* заключается в том, что только те контракты, которые соответствуют критерию минимальной стоимости, подпадают под действие Директивы ЕС. Если стоимость контракта ниже, процедура закупок будет полностью регулироваться национальным правом государства-члена.

Принцип справедливости

Принцип справедливости можно рассматривать как обобщающее положение для принципов прозрачности, равного обращения

³¹ C-120/78 Rewe-Zentral AG v Bundesmonopolverwaltung für Branntwein. ECLI:EU:C:1979:42.

³² С 1 января 2016 г. действуют следующие пороги: 5 225 000 евро для выполнения работ; 135 000 евро для наиболее центральных органов; 209 000 евро для региональных и местных органов; 750 000 евро для контрактов на социальные услуги.

³³ C-448/01 EVN AG et Wienstrom GmbH contre Republik Österreich, para 50—52. ECLI:EU:C:2003:651.

и недискриминации. Присуждение контракта тому или иному хозяйствующему субъекту будет считаться справедливым только тогда, когда к процедуре закупок были допущены все заинтересованные предприятия, ко всем кандидатам применялось равное обращение независимо от национальной принадлежности, а выбор победителя торгов основывался исключительно на экономических и технических характеристиках заявки.

Таким образом, принцип справедливости является одним из базовых положений при регулировании государственных закупок в ЕС, обязывая заказчиков принимать решения объективно, исходя из технических и экономических параметров заявки.

Принцип объективности

С принципом справедливости неразрывно связан и принцип объективности, который обеспечивается прежде всего четким описанием критерия присуждения контракта, а решение по всем ключевым вопросам принимается на основании объективных данных в соответствии с общепринятой профессиональной практикой. Как отмечал Суд ЕС, объективная и прозрачная оценка заявок зависит в полной мере от заказчика, который должен опираться на информацию и доказательства, представленные участниками тендера, чтобы эффективно оценить, соответ-

ствуют ли заявки данных участников критерию присуждения. Таким образом, очевидно, что когда заказчик устанавливает критерий присуждения, указывая, что он не имеет намерения и не в состоянии проверить достоверность представленной участниками тендера информации, это нарушает принцип равного обращения, поскольку такой критерий не гарантирует прозрачность и объективность тендера³³.

Таким образом, принцип объективности обязывает заказчиков надлежащим образом оценивать заявки участников, исходя из адекватной оценки представленной информации на предмет соответствия заявленному критерию присуждения контракта.

Заключение

Итак, регулирование государственных закупок в ЕС основывается на целом ряде принципов: прозрачности, взаимного признания, недискриминации, равного обращения, пропорциональности, справедливости, объективности, а также принципе государственной власти как заказчика государственных закупок и принципе *de minimis* (минимальной стоимости). Многие принципы (в частности, принцип прозрачности, недискриминации, равного обращения) применяются не только при национальном регулировании государственных закупок, но и на национальном уровне.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Bovis C. H. EU Public Procurement Law. — Cheltenham : Elgar European Law, 2007.
2. De Koninck C., Ronse Th. European Public Procurement Law: The European Public Procurement Directives and 25 Years of Jurisprudence by the Court of Justice of the European Communities : Texts and Analysis // Kluwer Law International. 2008.
3. Право Европейского Союза : в 2 т. Т. 1 : Общая часть / под ред. С. Ю. Кашкина. — М. : Юрайт, 2013.

Материал поступил в редакцию 25 апреля 2016 г.

THE PRINCIPLES OF LEGAL REGULATION OF STATE PROCUREMENT IN THE EUROPEAN UNION

KAMALYAN Artur Mihailovich — Post-graduate at the Department of Integration and European Law, Kutafin Moscow State University (MSAL)
Arthur.kamalyan@gmail.com
125993, Russia, Moscow, Sadovaya-Kudrinskaya Street, 9

Review. *This article discusses the principles of legal regulation of state procurement in the European Union. The article reveals not only the generally accepted principles of EU law on state procurement, namely, proportionality, transparency, mutual recognition, but also principles such as fairness, objectivity, principle of State power as*

a customer of state procurement and the principle of minimal value (de minimis). Particular attention is given to the analysis of the practice of the Court of the European Union.

Keywords: *European Union, state procurement, principles*

REFERENCES (TRANSLITERATION)

1. Pravo Evropejskogo Sojuza : v 2 t. T. 1 : Obshhaja chast' / pod red. S. Ju. Kashkina. — M. : Jurajt, 2013.