



## Support for Improvement in Governance and Management

A joint initiative of the OECD and the EU, principally financed by the EU

Краткая информация 1

Январь 2011

### Государственные закупки

# Государственные закупки в ЕС: Законодательная база, основные принципы и Ин- ституты

#### СОДЕРЖАНИЕ

- Общий контекст: Римский договор, общие принципы права, Директивы ЕС
- Сфера действий Директив
- “Правовое действие” Директив
- Основные принципы государственных закупок: состязание, равноправное обращение и недискриминация, прозрачность
- Роль Европейских институтов



[www.sigmaweb.org](http://www.sigmaweb.org)

This document has been produced with the financial assistance of the European Union. The views expressed herein can in no way be taken to reflect the official opinion of the European Union, and do not necessarily reflect the views of the OECD and its member countries or of beneficiary countries participating in the SIGMA programme.

Для того, чтобы понять основы государственных закупок в ЕС, необходимо изучать не только сами Директивы о закупках, но и контекст, в котором они были приняты. На местах наряду с Директивами, будут применяться более общие положения права, содержащиеся в Римском договоре, а также более общие принципы права, которые будут руководить толкование Директив. Важно также понимание ролей различных институтов Сообщества.

**Римский Договор:** Римский Договор 1957-го (и последующие договора, вносящие поправки в Римский договор) не содержит прямо сформулированных положений, связанных с государственными закупками. Вместе с тем, Договор устанавливает несколько фундаментальных принципов, которые укрепляют фундамент ЕС. Из этих фундаментальных принципов, наиболее относящихся к государственным закупкам, являются:

- запрет на дискриминацию на национальной основе
- свободное движение товаров
- свобода предоставления услуг
- свобода создания предприятий

**Общие Принципы Права** Дополнительно к этим фундаментальным принципам Договора, некоторые общие принципы права возникли от прецедентного права Европейского Суда (ЕС). Эти общие принципы важны, поскольку они будут достаточно часто использоваться Европейским Судом для восполнения законодательных пробелов и обеспечения решений для зачастую сложных ситуаций. В контексте закупок, важными из этих общих принципов права являются следующие:

- равноправное обращение
- прозрачность
- взаимное признание
- пропорциональность

Эти общие принципы применяются независимо от Директив, так что даже в случае неприменения Директив, принципы все-таки могут применяться к закупкам и заключению контракта государственным закупщиком.

**Директивы ЕС.** С целью подкрепления принципов Договора в сфере государственных закупок и предоставления необходимого руководства государствам-членам, Сообщество приняло ряд Директив о закупках.

Существуют две Директивы о закупках, которые покрывают процедурные вопросы: это Директива 2004/18/ЕС “Общественного сектора” и Директива 2004/17/ЕС “Коммунальных услуг”.

Существуют также две другие Директивы “Способы защиты прав”, которые применяются к жалобам и проверкам. Это Директива 89/665/ЕС “Способы защиты прав в общественном секторе” и Директива 92/13/ЕС “Способы защиты прав в секторе коммунальных услуг”. Эти две Директивы способов защиты прав были значительно поправлены новой Директивой 2007/66/ЕС, которая должна была быть введена в действие государствами-членами до 20-го декабря 2009-го года.

В дополнение к существующим, сейчас принята новая Директива 2009/81/ЕС, которая применяет более гибкий и конфиденциальный режим для закупок военных припасов и связанных работ и услуг.

Европейская Комиссия дополнила эти процессуальные и правозащитные Директивы дальнейшим законодательством, которое предназначено для разных аспектов процесса закупок.

## Какова сфера действий Директив?

Директивы не пытаются налагать новый общий режим регулирования на государства-члены ЕС в сфере закупок и государства-члены могут продолжить применять свои национальные процедуры *приспособленные* к Директивам. Таким образом, Директивы разрешают государствам-членам сохранить или принять материально-правовые и процессуальные нормы, при условии, что они не противоречат Директивам или положениям Договора. В результате, государства-члены остаются свободными в регулировании определенных, в основном практических вопросов.

В сущности, общие нормы Директив состоят из применения базовых принципов, в частности, недискриминации, равноправного обращения и прозрачности, в:

- публичности предложенных закупочных контрактов
- составлении технических спецификаций
- выборе процедуры закупок,
- квалификации и выборе кандидатов и участников тендера,
- заключении контракта.

Взамен попытки детального урегулирования всех контрактов государственных закупок в ЕС, законодатель Сообщества предпочел урегулировать только те контракты, которые наиболее отчетливо способны подействовать на торговлю между государствами-членами. Контрактами, подпадающие под это широкое определение, являются:

- контракты, которые имеют достаточно большую цену, чтобы привлечь субъектов экономической деятельности из других государств-членов (то есть, когда потенциальная польза от заключения контракта превосходит дополнительные расходы предоставления товаров, работ и услуг на большой дистанции); и/или
- контракты, касающиеся объектов, подлежащих трансграничной торговле.

## Что такое "правовое действие" Директив?

Государства-члены обязаны принять все необходимые меры, чтобы обеспечить выполнение обязательств, вытекающих из Договора или возникающих от действий, предпринятых институтами Сообщества. Директивы о закупках, как и все Директивы, в сущности не имеют прямого действия, что означает, что они не применяются автоматически.

Для того, чтобы произвести свой эффект в государствах-членах, им нужно быть введенными в действие или преобразованными в национальное право. Следовательно, от государств-членов требуется принять необходимые меры, чтобы дать положениям Директив полную юридическую силу в национальном праве и обеспечить, чтобы никакие другие национальные положения не подрывали их применимости. Это обычно принимает форму преобразования Директив в

национальное право и отмены всех противоречащих законодательных положений.

Директивы обязательны только относительно результатов, которые должны быть достигнуты, однако выбор форм и методов оставлены национальным властям. Таким образом, государствам-членам ЕС не нужно создавать точную копию Директив в своем национальном законодательстве, хотя некоторые государства-члены поступили подобным образом.

Неспособность корректного и своевременного ввода Директив в действие, однако, не означает, что Директивы не имеют воздействия. Государства-члены не имеют права лишать субъектов этих Директив (государственных заказчиков и субъектов экономической деятельности) тех прав, которыми они предполагают обладать согласно Директивам. Согласно доктрине Европейского суда “прямого действия”, физические лица могут приводить в жизнь права, предоставленные Директивами, в национальных судах, когда соответствующие условия удовлетворены.

Условия, необходимые для придания начала прямому действию конкретной Директивы, следующие:

- ясность и четкость обязанностей, наложенных на Государства-члены
- обязанность безусловна
- государства-члены или институты Сообщества не имеют ограничений в вопросах применимых мер.

Европейский суд установил, что многие положения Директив имеют прямое действие, однако каждое положение должно быть рассмотрено в отдельности.

## Какие основные принципы государственных закупок?

Изначально, одним из главных целей ЕС было создание Общего рынка, которое устраняет барьеры торговли товарами и услугами между государствами-членами ЕС. Создание общего рынка закупок означает устранение любых барьеров торговли, вытекающих из контекста закупок.

Барьеры торговли могут быть созданы законодательным способом или действиями государственного закупщика или субъектов экономической деятельности. Законодательство может создавать барьеры, налагая требования “купи отечественное”. Государственный закупщик может наложить барьеры, принимая дискриминационные решения о присуждении контрактов. Субъекты экономической деятельности также могут создать барьеры, тайно сговорившись между собой, чтобы нечестным образом влиять на цены тендера. Все эти барьеры имеют эффект нарушения состязания на общем рынке закупок. Одно из основных целей законодательства о государственных закупках - это устранение существующих барьеров и предотвращение создания новых барьеров. Это достигается за счет применения основных принципов, исходящих из законодательства.

Связность принципов позволяет сократить их до ряда основных принципов:

- **Состязание**

С экономической точки зрения, “соревнование” действует, как процедура выявления, позволяя различным субъектам экономической деятельности информировать о ценах на товары и услуги, действующие на рынке. Эти цены действуют как ориентиры и отражают условия спроса и предложения в тот или иной момент. Они также отражают различия в качестве, в сроке и условиях продажи разных (неоднородных) имеющихся продуктов.

Вот почему так важно объявление. Объявление гарантирует самую широкую возможную огласку и соревнование, давая возможность субъектам экономической деятельности со всего Сообщества, участвовать, тем самым обеспечивая максимально возможный выбор.

Обеспечение справедливости соревнования (или сохранение “единого игрового поля”) - ключевая задача для достижения продуктивных и экономических результатов закупок. Законодательство о закупках пытается предотвратить любые нарушения или ограничения соревнования в Сообществе, а также должно пресекать любые попытки запрета возможности подачи заявки на тендер субъектами экономической деятельности.

Такие попытки могут принять множество форм и могут повлиять на продукты или услуги или на самих субъектов экономической деятельности. В результате, законодательство запрещает барьеры свободного движения товаров, такие, как ограничения на ввоз и политику “купи отечественное” и барьеры на свободу предоставления услуг, такие как попытки ограничить участие иностранных субъектов экономической деятельности в тендерах посредством использования требований о местной регистрации.

Защита конкурса является вопросом сохранения принципов равноправия обращения, избежание дискриминации, применение взаимного признания (эквивалентных продуктов и квалификаций) и обеспечение пропорциональности любых исключений.

### **Равноправное обращение и недискриминация**

Концепции равноправного обращения и недискриминации не есть одно и то же. В общих чертах, все законодательство о закупках будет пытаться сохранить равенство между субъектами экономической деятельности. В Европейском контексте, однако, это равенство будет также основано на “национальности”.

Равноправное обращение – это концепция, которая обычно требует относиться к идентичным ситуациям аналогичным образом или не относиться к разным ситуациям аналогичным образом и требует аналогичное обращение к аналогичным людям. В некотором смысле, это подразумевает, что государственный заказчик не примет во внимание разные возможности или трудности, с которыми сталкиваются отдельные субъекты экономической деятельности, а будут судить их исключительно по результатам их усилий, т.е. на основе представленных ими тендерных заявок. Это дает возможность для объективного оценивания тендерных цен и качества тендера и игнорирует любые обстоятельства, которые не относятся к выявлению экономически эффективного тендера.

В Европейском контексте, концепция равноправного обращения требует еще и дополнительного определения, поскольку в данном контексте концепция равенства дополнительно основана на национальности или на происхождении товаров, т.е. ко всем субъектам экономической деятельно-

сти, имеющим национальность Сообщества и ко всем заявкам, включая товары производства Сообщества, относились равно (это принцип недискриминации).

Это больше, чем просто расширение концепции равноправного обращения. Предполагается, что любые условия соответствия или происхождения (основанных на национальности или местном происхождении) автоматически дают начало неравному обращению, потому что эти условия будут, в сущности, дискриминировать определенную группу (иностранцев) субъектов экономической деятельности или покровительствовать другой. Однако, при том, что дискриминация в данном контексте может породить неравное обращение, неравное обращение не всегда порождает дискриминацию.

- **Прозрачность**

Принцип “Прозрачность” возник недавно как самостоятельный принцип, хотя, наверное, лучше считать ее инструментом, используемым для достижения определенных целей. Например:

- Публикация и доступность законодательства обеспечивают ясность и достоверность для всех заинтересованных лиц и позволяют государственному заказчику и субъектам экономической деятельности быть осведомленными о правилах игры.
- Требования объявления гарантируют прозрачность отборочного процесса.
- Досрочное предание гласности технических спецификаций и критериев отбора и присуждения, позволяют заинтересованным лицам проверить, что они справедливы и недискриминационны.
- Требования учета и отчета обеспечивают при необходимости проверяемость действий государственного заказчика.

Последнее также является фундаментальным аспектом “подотчетности”, т.е. привлечения чиновников по вопросам закупок к ответственности за их решения и действия. “Подотчетность” также часто является явно выраженной целью национальных закупочных систем и положения о прозрачности усиливают эту подотчетность.

Однако, важность принципа прозрачности в контексте ЕС в том, что он применяется вне зависимости от законодательства. Так, если контракт закупок выходит за пределы сферы применения Директив, то возможно, что принцип прозрачности будет продолжать применяться, чтобы наложить требования объявления. Европейский суд подтверждает это.

Некоторые из вышеупомянутых принципов изложены по-другому или комбинированы в национальном законодательстве. Вы можете найти, например, установленные в законодательстве принципы, такие, как: “экономия и эффективность”, “соотношение цены и качества”, “честность” или “добросовестность”.

### **Соотношение цены и качества**

Ключевой экономической двигатель, лежащий в основе закупочных процессов - это необходимость обеспечения соотношения цены и качества

для всех закупок Директивы особым образом не затрагивают эти вопросы, но важно не упустить из вида, что нужно обеспечить, чтобы одним из главных результатов закупочного процесса было соотношение цены и качества. Термин “соотношение цены и качества” означает оптимальную комбинацию между разными факторами, связанные с ценами и не связанные с ценами, которые вместе удовлетворяют требованиям государственного закупщика. Элементы, которые составляют оптимальную комбинацию этих разных факторов отличаются от закупки к закупке и зависят от результатов, требуемых государственным закупщиком для рассматриваемого закупочного примера.

## Какова роль Европейских институтов?

Несколько разных организаций вовлечены в закупках на Европейском уровне. Это следующие организации:

**Роль Законодателя Сообщества:** Несмотря на то, что Договор (Договор Рима 1957-го и договора, вносящие поправки в Договор Рима) использует различную терминологию, Законодателем Сообщества, в сущности, является Совет Европейского Сообщества, который действует или самостоятельно, или в сотрудничестве с Европейским Парламентом. Все недавние Директивы о закупках были приняты этими двумя институтами совместно, используя процедуру “совместного принятия решений”.

Совет наделен ролью обеспечения координации общей экономической политики государств-членов, полномочием принимать решения и полномочием наделить Комиссию полномочием для введения в силу норм, установленных Советом, в принятых им актах

Однако, существенным является то, что Совет не имеет права инициативы. Таким образом, он не имеет полномочия вводить в действие законодательство, не предложенное Комиссией.

**Роль государств-членов ЕС:** В целях ЕС, государства-члены обязаны принимать все соответствующие меры, чтобы обеспечить выполнение всех обязательств, вытекающих из Договора или возникающих из действий, предпринятых институтами Сообщества. От них требуется содействовать выполнению заданий Сообщества и они должны воздерживаться от любых мер, которые могли бы поставить под угрозу достижение целей Договора.

Следовательно, относительно Директив от государств-членов требуется принимать меры, необходимые для приведения положений в действие в полном объеме в национальном законодательстве и обеспечить, чтобы никакое другое национальное положение не подрывали их применимости. Это обычно принимает форму преобразования Директив в национальное право и отмены всех противоположных законодательных положений.

Важно заметить, что согласно вышеизложенному, при соблюдении специальных условий Директивы имеют прямую силу, так как они могут дать права, даже если не введены в действие, однако они не имеют прямого действия, т.е. они должны быть преобразованы в национальное право.

Более того, они обязательны только относительно результатов, которые должны быть достигнуты, но оставляют национальным властям выбор форм и методов. Таким образом, государствам-членам ЕС не нужно создавать точную копию Директив в своем национальном законодательстве.

При условии достижения одинаковых результатов, национальные власти могут воспроизвести положения Директив идентичным образом, внося поправки в действующее законодательство или создавая новое законодательство или кодексы и т.д.

**Роль Европейской Комиссии:** Европейской Комиссии, наряду с законодательной ролью, Договором была предписана также роль ее защитника. Ей поручена ясно сформулированная задача обеспечения действий положений Договора и применения соответствующих мер, принятых институтами.

Таким образом, наряду с действием в качестве основного лица, определяющего политику в сфере закупок, Комиссия также ответственна за применение и общее обеспечение исполнения Директив. В случае закупок ответственным является Генеральный директорат по вопросам внутреннего рынка и услуг. Предпринятые Генеральным директоратом по вопросам внутреннего рынка и услуг меры по внедрению включают принятие подзаконных актов.

В случае исполнительного производства в национальных судах/ контрольных органах против государственных органов, которые нарушили свои обязательства, осуществляемое по иску заинтересованных субъектов экономической деятельности, нарушения, допущенные этими органами государственной власти, как эманация государств-членов, одновременно приведет к неисполнению государствами-членами своих обязательств, вытекающих из Договора. Такое нарушение может оспариваться непосредственно Комиссией перед Европейским Судом (ЕС).

**Роль Европейского суда:** На уровне Сообщества действуют два суда с собственной юрисдикцией: Общий Суд (в прошлом - Суд Первой Инстанции {СПИ}), который занимается исками против институтов Сообщества и Европейский Суд (ЕС). Европейский Суд заинтересован в большинстве случаев, связанных с закупками

Европейский Суд обеспечивает соблюдение законов в интерпретации и применении Договора и его внедряющих норм. С этой целью, ряд полномочий были напрямую возложены на Европейский Суд. Эти полномочия главным образом направлены на предоставление права Европейскому Суду судить деятельность и бездействие институтов и государств-членов в соответствии с правом Сообщества и обеспечить единообразие в интерпретации права Сообщества и в применении этого права в национальных судах.

Есть три направления в работе Европейского суда, которые важны в случае закупок.

- **Урегулирование споров**

Юрисдикцией Европейского Суда рассматриваются споры между Комиссией, действующей в качестве защитника Договора, и государствами-членами, в



связи с неисполнением государства-члена своих обязательств, вытекающих из Договора. Их часто называют производством Комиссии по нарушениям.

- **Преюдициальный запрос**

Особо важным полномочием Европейского Суда является полномочие высказываться посредством преюдициального запроса, об *интерпретации* Договора и о *действенности и интерпретации* актов институтов Сообщества, если вопрос по этому поводу поднят перед национальным судом или трибуналом.

Таким образом, в спорах между государствами-членами и частными лицами или между самими частными лицами, вопросы связанные с интерпретацией, действием и действенностью законов Сообщества, которые возникают в контексте национальных производств, могут быть отосланы в Европейский Суд. В случае возникновения подобных вопросов в контексте спора о закупках, который рассматривается в национальном суде/ контрольным органом согласно, например, Директиве “способы защиты прав”, национальные суды могут переслать их для интерпретации в Европейский Суд. Согласно этой процедуре, национальный суд/ контрольный орган определяет факты дела и формулирует вопросы интерпретации для Европейского Суда, ответы на которые необходимы для разрешения дела.

- **Общие принципы Права**

При осуществлении своей юрисдикции Европейский Суд инициировал применение и интерпретирование законов Сообщества тем самым, зачастую пытаясь заполнить *пробелы* в законах Сообщества, ссылаясь на общие принципы права. Это неписанные нормы, не содержащиеся в Договоре, однако подкрепленные общими принципами права, признанными в национальных правовых системах государств-членов ЕС.

**Дополнительное чтение:** Материалы, составляющие законодательную базу ЕС, вместе с рядом других полезных документов и ссылок, доступны на веб-сайте Генерального директората по вопросам внутреннего рынка и услуг:

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/legislation\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/legislation_en.htm)

Договора ЕС доступны на <http://www.eurotreaties.com/eurotexts.html>

[SIGMA Public Procurement Training Manual](#)