



### Державні закупівлі

# Створення органів оскарження у сфері державних закупівель

#### ЗМІСТ

- Значення системи перегляду рішень та засобів правового захисту
- Основні інституційні моделі
- Основні вимоги до спеціалізованого органу оскарження
- Адміністративне оскарження рішень державного замовника
- Правовий статус та незалежність спеціалізованого органу оскарження
- Інші важливі питання практичного характеру
- Додаткова література

## Значення системи перегляду рішень та засобів правового захисту

Основне завдання системи перегляду рішень та засобів правового захисту у сфері державних закупівель полягає у тому, щоб забезпечити практичне застосування законодавства у сфері державних закупівель шляхом виправлення порушень та умисних або неумисних помилок з боку державних замовників. Ефективна система перегляду рішень та засобів правового захисту у сфері державних закупівель відповідає інтересам усіх зацікавлених осіб – суб'єктів господарювання, державних замовників та громадськості загалом.

В основі системи перегляду рішень та засобів правового захисту у сфері державних закупівель держав-членів Європейського Союзу лежать спеціальні вимоги, передбачені директивами про засоби правового захисту у сфері державних закупівель 89/665/ЕЕС та 92/13/ЕЕС зі змінами, внесеними у тому числі Договором про функціонування Європейського Союзу та практикою Суду справедливості Європейського Союзу.

Відповідно до цих та інших міжнародних стандартів, така система повинна забезпечувати кандидатам і учасникам тендеру, які вважають, що їхні права було порушено, правові гарантії, що мають відповідати вимогам:

- швидкості;
- ефективності;
- прозорості;
- недискримінаційності.

Директиви ЄС призначені насамперед для держав-членів Європейського Союзу, але країни-кандидати та деякі країни-партнери ЄС розробляють нові раціональні та ефективні системи правового захисту, що базуються на загальних принципах цих директив. Ця аналітична записка має на меті надати загальні рекомендації – зокрема, для осіб, що відповідають за розробку національних стратегій, – щодо одного з найважливіших питань, які необхідно вирішити під час розробки та впровадження системи правових гарантій: створення органу/ органів оскарження.

Записка розпочинається з опису основних інституційних моделей у країнах ЄС без намагання оцінити їхні переваги й недоліки чи порекомендувати запровадження якоїсь конкретної моделі. Далі наводяться ключові вимоги до «спеціалізованих» органів оскарження, що передбачені директивами ЄС та практикою Суду справедливості ЄС. В останніх розділах записки описується передовий досвід, зокрема механізми забезпечення незалежності органів оскарження та шляхи вирішення інших важливих питань, пов'язаних зі створенням органів оскарження.

## Основні інституційні моделі

У країнах ЄС з різноманітними національними правовими традиціями існують різні інституційні моделі та методи забезпечення законності, тому важко говорити, що якась одна модель краща за інші. Усі держави-члени ЄС мають інституційну автономію, а отже, кожна країна може вільно вибирати оптимальні механізми забезпечення ефективного перегляду рішень у сфері державних закупівель. Держави-члени не зобов'язані змінювати свою інституційну структуру, щоби імплементувати та застосовувати право ЄС чи забезпечувати його виконання, натомість вони можуть використовувати вже наявні канали й механізми, якщо вони відповідають вимогам права ЄС. Водночас, ніщо не перешкоджає державам-

членам створювати нові спеціалізовані адміністративні органи, уповноважені забезпечувати правовий захист.

Держави-члени можуть покласти ці повноваження на будь-який із наступних органів (за умови, що вони забезпечуватимуть ефективний перегляд рішень у сфері державних закупівель):

- **Суди загальної юрисдикції;**
- **Спеціалізовані адміністративні органи;**
- **Посідання вищеназваних варіантів.**

Директивою про засоби правового захисту передбачено, що скарги можуть подаватися до «окремих органів, що відповідають за різні аспекти процедури». На практиці у більшості держав-членів діє комбінована модель, за якої різні органи оскарження відповідають за різні аспекти процедури перегляду. Наприклад, деякі скарги – зокрема, щодо відшкодування збитків, – можуть розглядатися лише судами загальної юрисдикції. У деяких країнах такі скарги може розглядати і спеціалізований орган оскарження з питань державних закупівель, але він не може приймати рішення щодо відшкодування збитків. Дуже часто ці напрями системи розходяться на етапі укладання контракту<sup>1</sup>.

Що стосується **судів загальної юрисдикції**, то Директива про засоби правового захисту не вимагає, щоб розгляд скарг здійснювався цивільними чи адміністративними судами. Кожна держава може визначити у своєму процесуальному законодавстві, який варіант вона використовуватиме: перший, другий чи обидва.

У Бельгії, Франції, Ірландії, Литві, Нідерландах, Португалії, Швеції та Великобританії перегляд результатів державного тендеру належить до виключної компетенції судів загальної юрисдикції.

Більше того, щонайменше одна країна чітко розрізняє контракти, що охоплюються Директивою 2004/18/ЕС, та контракти, що підпадають під дію Директиви 2004/17/ЕС. Як наслідок, **бельгійські адміністративні суди** розглядають спори про державні закупівлі за контрактами першої, а цивільні суди – за контрактами другої категорії.

У інших державах-членах визначення компетентного суду залежить від характеру (приватного чи адміністративного) відповідного контракту. У Франції розгляд скарг здійснюється як цивільними, так і адміністративними судами, але розмежування їхньої юрисдикції відбувається інакше, ніж у Бельгії: цивільні суди розглядають скарги лише щодо тих контрактів, що були укладені приватними житлово-комунальними організаціями.

Основна відмінність між різними моделями забезпечення правового захисту полягає у тому, на якому рівні розглядається скарга у першій інстанції. В одних випадках це адміністративний суд найнижчої інстанції, в інших органи більш

<sup>1</sup> Для отримання більш детальної інформації див. доповідь SIGMA № 41 (2007) «Системи перегляду рішень та засоби правового захисту у сфері державних закупівель у країнах ЄС».

високого рівня. Від того, у якій інстанції вирішуватиметься справа, залежить вартість, швидкість і місце її розгляду. Якщо справу розглядатиме суд вищої інстанції, то це може бути дорого, довго і далеко від місця укладення і виконання державного контракту. Це може відбити у суб'єктів господарювання бажання подавати скарги. Натомість якщо скаргу розглядатиме суд нижчої інстанції, то це може бути дешевше, швидше і ближче до місця укладання й виконання контракту. З іншого боку, судам першої інстанції може бракувати досвіду та спеціальних знань.

**Спеціалізовані органи з розгляду скарг на порушення законодавства у сфері державних закупівель** існують приблизно у половині держав-членів ЄС. Як правило, це несудові або квазісудові органи, подібні до судів у розумінні статті 267 Договору про функціонування Європейського Союзу. Вони виконують роль першої інстанції. Рішення таких органів, окрім певних винятків, є обов'язковими і можуть бути оскаржені в апеляційному порядку до цивільного чи адміністративного суду, який має право скасувати чи змінити рішення у другій інстанції.

У багатьох державах-членах друга інстанція є останньою, але цілий ряд країн (наприклад, **Естонія, Литва, Латвія, Нідерланди, Словаччина, Швеція та Великобританія**) мають ще й третю судову інстанцію.

Існує декілька важливих аргументів на користь створення спеціалізованого органу скарження у сфері державних закупівель, зокрема у країнах-кандидатах та потенційних країнах-кандидатах на членство у ЄС, а також у будь-якій іншій країні, що зацікавлена у створенні ефективної системи розгляду скарг:

- Процедура розгляду скарги апеляційним органом зазвичай простіша і швидша у порівнянні з процедурою розгляду скарги у суді загальної юрисдикції. Це допомагає забезпечити виконання критерію «швидкості» – обов'язкової вимоги до системи забезпечення правового захисту.
- Члени спеціалізованого органу скарження у сфері державних закупівель розглядають виключно ті справи, що стосуються державних закупівель. Завдяки цьому вони досить швидко здобувають необхідний досвід, опановують процедуру укладання контрактів та інші подібні речі.
- Розгляд справи судом звичайної юрисдикції може виявитися набагато дорожчим, аніж розгляд справи спеціалізованим органом оскарження у сфері державних закупівель: це пов'язано із тривалістю процедури та необхідністю звертатися до професійних юристів.

### Основні вимоги до спеціалізованого органу оскарження

Хоча зазвичай повноваження спеціалізованих органів оскарження у сфері державних закупівель виконують несудові органи, природа їх може бути і судовою.

**Судовий характер:** Суд справедливості ЄС<sup>2</sup> визначив основні критерії, за якими орган, уповноважений забезпечувати правовий захист, вважатиметься органом

---

<sup>2</sup> Однією з найважливіших справ у цьому контексті є справа № C-54/96 *Dorsch Consult GmbH v. Bundesbaugesellschaft Berlin*.

судового чи квазісудового типу. Суд врахував низку обставин, у тому числі чи створений орган на підставі закону, чи є він постійним, чи має він обов'язкову юрисдикцію, чи є процедура розгляду скарги двосторонньою, чи застосовує він норми права і чи є він незалежним.

- **Орган створений на підставі закону.** У багатьох державах-членах Європейського Союзу створення органу оскарження у сфері державних закупівель регулюється спеціальним розділом закону про держзакупівлі. Однак це жодним чином не заважає прийняти окремий закон, що буде цілком і повністю присвячений питанням діяльності цього органу. Закон повинен регулювати різноманітні аспекти діяльності цього органу, зокрема його повноваження, порядок призначення та звільнення його членів, кваліфікаційні вимоги до його членів, положення про конфлікт інтересів, заздалегідь визначену систему розподілу справ, процесуальні вимоги.

Прикладом такого підходу є **Австрія**. За федеральною системою, що передбачена конституцією Австрії, скарги на органи-замовники розглядаються десятима різними органами оскарження. Отже, відповідні процедури передбачені у законодавстві з питань державних закупівель дев'яти різних федеральних земель (Länder) на регіональному чи муніципальному рівні, а також у федеральному законі про держзакупівлі.

- **Орган є постійним.** Орган діє на постійній основі, а не скликається для вирішення одиної справи. Його члени виконують свої функції протягом визначеної кількості років. Ця вимога не перешкоджає створювати в структурі органу оскарження кілька окремих колегій, що розглядатимуть справи у відповідності до заздалегідь визначеної системи розподілу скарг.
- **Юрисдикція апеляційного органу є обов'язковою.** Держава повинна гарантувати забезпечення виконання усіх рішень та висновків органу оскарження. Зокрема, цей орган має бути уповноваженим:
  - Вживати забезпечувальні заходи з метою виправлення порушень чи попередження подальшої шкоди, у тому числі заходи, спрямовані на зупинення чи забезпечення зупинення тендерної процедури або виконання будь-якого рішення державного замовника;
  - Відкладати чи забезпечувати відкладення будь-якого незаконного рішення, у тому числі видаляти технічні, економічні чи фінансові специфікації дискримінаційного характеру з оголошення про тендер чи тендерної документації;

Цей орган не обов'язково має бути уповноваженим вирішувати питання про відшкодування збитків: рекомендується віддати це повноваження судам вищої інстанції.

Винятком є **Данія**, де Комісія з розгляду скарг уповноважена вирішувати питання про відшкодування збитків. Та слід зазначити, що кількість скарг у Данії дуже невелика, і завантаженість комісії не перешкоджає швидкому розгляду скарг. Для відшкодування збитків необхідно спочатку отримати рішення по суті справи, наприклад, рішення, що підтверджує порушення певної процедури у сфері державних закупівель. Справи про відшкодування збитків розглядаються у відповідності до загальних принципів данського права. У залежності від обставин справи, розмір збитків може дорівнювати розміру витрат на участь у

тендері або розміру втраченої вигоди.

- **Процедура розгляду є двосторонньою.** Під час розгляду будь-якої справи повинні бути дотримані загальні правила змагальності сторін. Усі зацікавлені сторони повинні мати достатні можливості наводити факти й докази, і кожна сторона повинна отримати право відповісти на аргументи опонента і право оскаржити будь-які докази та аргументи іншої сторони. Усні слухання дозволяють сторонам краще відреагувати на аргументи свого опонента; проте допускається і варіант, коли можна сторонам дозволяється надавати письмові пояснення. Кожна зі сторін повинна мати доступ до матеріалів справи, за винятком конфіденційної інформації.

За загальним правилом, засідання **арбітражної комісії з питань державних закупівель Угорщини** є відкритими, але рада може прийняти рішення про закриті слухання, якщо це відповідає державним, професійним чи діловим інтересам. За деякими винятками, що зазвичай пов'язані з комерційною таємницею, усі сторони мають гарантований доступ до матеріалів справи.

- **Орган застосовує правові норми.** При винесенні рішень орган зобов'язаний застосовувати правові норми, що містяться у директивах ЄС про державні закупівлі та в національному законодавстві, прийнятому з метою імплементації права ЄС. Ця вимога тісно пов'язана з першою вимогою (орган створений на підставі закону), адже якщо загальні процесуальні правила, що регулюють діяльність органу, передбачені у законі, це може бути суттєвим аргументом на користь того, що орган задовольняє і цю вимогу.
- **Орган є незалежним.** Ця вимога стосується багатьох аспектів, у тому числі інституційних і фінансових, та основний принцип є наступним: орган оскарження діє незалежно і під власну відповідальність, а його члени зв'язані виключно законом. Більш докладно про це можна почитати у наступному розділі цієї аналітичної записки.

**Несудовий статус органу оскарження.** На випадок, якщо розгляд скарг у першій інстанції здійснюватиметься органом, який не має статусу судового, директиви ЄС про засоби правового захисту містять ряд правових гарантій.

По-перше, несудовий орган зобов'язаний у письмовій формі пояснювати причини свого рішення.

Крім того, рішення несудових органів можуть бути оскаржені до суду чи іншого органу, який вважається судом чи трибуналом у розумінні статті 177 Договору про заснування Європейської економічної спільноти і є незалежним як від державного замовника, так і від самого органу оскарження. Цей незалежний орган має задовольняти спеціальні вимоги підpunkту другого статті 2(8) Директиви 89/665/ЕЕС<sup>3</sup>, а по суті – усі шість вищезазначених вимог.

---

<sup>3</sup> «Що стосується органу, що відповідає за їхнє призначення, строк їхніх повноважень і порядок припинення їхніх повноважень, то члени такого незалежного органу повинні призначатися на посаду і звільнятися з посади у тому ж порядку, що й судді. Як мінімум, голова цього незалежного органу повинен мати таку ж правову й професійну кваліфікацію,

Система апеляційного перегляду та засобів правового захисту у сфері державних закупівель Кіпру складається з трьох частин: оскарження до державного замовника, несудовий перегляд органом з розгляду тендерних скарг та судовий перегляд Верховним судом Кіпру. Орган з розгляду скарг Кіпру уповноважений переглядати будь-які рішення державних замовників, винесені до укладення державних контрактів, на предмет можливого порушення закону. Отже, це спеціальний орган оскарження у сфері державних закупівель, що є незалежним від уряду. Однак члени цього органу не мають статусу, який можна порівняти зі статусом суддів. Орган з розгляду тендерних скарг Кіпру має п'ять членів, включаючи голову. Будь-яка особа, що незгодна з рішенням органу з розгляду тендерних скарг Кіпру чи державного замовника, прийнятими до чи після укладення державного контракту, можуть оскаржити їх до Верховного суду Кіпру. Члени та голова Верховного суду є суддями, і їхній статус регулюється положеннями Конституції. Цей суд задовольняє критерії судової установи, передбачені статтею 177 Договору про заснування Європейської економічної спільноти.

**Положення Угоди про державні закупівлі.** Базові вимоги до процедури розгляду скарг на порушення законодавства у сфері державних закупівель визначені в Угоді Світової організації торгівлі (СОТ) про державні закупівлі та примірному законі Комісії ООН з права міжнародної торгівлі ЮНСІТРАЛ у редакції 2011 року. Ці базові документи містять положення, які можна взяти за основу для створення органів оскарження та процедур, що задовольнятимуть публічний інтерес ефективного використання державних коштів та приватний інтерес зацікавлених учасників тендерних процедур.

Не зайвим буде підкреслити, що принципи, передбачені Угодою СОТ про державні закупівлі, є подібними до принципів, що містяться в директивах ЄС. Хоча рішення Суду справедливості ЄС містять набагато більш детальне тлумачення принципів, що повинні застосовуватися до відповідних ситуацій, схожі положення права ЄС та СОТ про органи оскарження у сфері державних закупівель є хорошим прикладом провідного досвіду, який визнається на міжнародному рівні.

Угодою СОТ передбачено, що: *«Скарги розглядаються судом або неупередженим та незалежним органом оскарження, що не зацікавлений у результатах закупівлі, та члени якого захищаються від зовнішнього впливу протягом строку виконання своїх повноважень. Орган оскарження, що не є судом, підлягає судовому нагляду або застосовує процедури, відповідно до яких:*

- (а) учасники процедури можуть висловити свої аргументи до винесення рішення чи досягнення врегулювання;*
- (b) учасники процедури можуть мати представника та супровід;*
- (c) учасники процедури повинні мати доступ до усіх процедур;*
- (d) слухання можуть відбуватися відкрито;*

---

*що й судді. Цей незалежний орган повинен виносити свої рішення на основі процедури, в рамках якої заслуховуються обидві сторони, і ці рішення повинні мати обов'язкову юридичну силу за допомогою правових засобів, що визначаються державами-членами самостійно».*

(e) висновки чи рішення оформлюються письмово, із зазначенням підстав, що лягли в основу цих висновків чи рішень;

(f) у процесі можуть бути представлені свідки;

(g) органу оскарження надаються необхідні документи».

### Адміністративне оскарження рішень державного замовника

У законодавстві окремих держав-членів ЄС передбачено обов'язок або можливість:

- Подати попередню адміністративну скаргу до державного замовника, який, на думку заявника, припустився порушення законодавства у сфері державних закупівель, або
- Повідомити державного замовника про намір оскаржити його рішення.

За директивами ЄС про засоби правового захисту, вищезазначені вимоги не є обов'язковими.

Можливість подати скаргу безпосередньо до державного замовника може мати свої переваги, особливо коли йдеться про явну й очевидну помилку, а не умисне порушення законодавства у сфері державних закупівель. Учасник тендеру може уникнути конфлікту з органом державним замовником, тому що останній матиме нагоду виправити свою помилку. Цей варіант може бути найшвидшим способом усунути порушення і заощадити на судових витратах.

Хоча це рішенням може бути корисним з практичної точки зору, згідно директив про засоби правового захисту подання скарги до державного замовника **не вважається першим етапом процесу оскарження**.

Недоліком такого підходу є те, що розгляд скарги може забрати деякий час, збільшуючи тим самим загальну тривалість процедури оскарження. Та якщо скаржник паралельно із поданням скарги до органу оскарження надсилає державному -замовнику попереднє повідомлення, то він вже не зобов'язаний чекати на рішення цього державного замовника. Це одна з причин, чому деякі держави-члени вимагають від суб'єктів господарювання, що звертаються до судових чи квазісудових органів, надсилати спочатку свою скаргу чи позовну заяву лише державному замовнику, дії якого оскаржуються, аби він мав можливість самостійно виправити порушення до початку провадження щодо оскарження. (Для отримання більш детальної інформації див. доповідь SIGMA № 41(2007) «Системи перегляду рішень та засоби правового захисту у сфері державних закупівель у країнах ЄС»).

### Правовий статус і незалежність спеціалізованого органу оскарження

Незалежність органу оскарження як міжнародний стандарт і вимогу директив про засоби правового захисту можна вважати основною умовою отримання надійних результатів перегляду рішень у сфері державних закупівель.

Питання незалежності органу оскарження мають розглядатися на двох рівнях:

- Незалежність самого органу;
- Незалежність членів цього органу.



Що стосується самого органу оскарження, то не залежно від того, чи має цей орган незалежний юридичний статус, він повинен бути (i) незалежним від сторін тендерної процедури – державних замовників та суб'єктів господарювання та (ii) функціонально незалежним від держави.

Навіть якщо орган оскарження технічно не залежить від державних замовників, він усе одно є частиною державного апарату, тож у будь-якому разі залишаються ризики того, що він не буде цілком незалежним від держави. Нездатність гарантувати незалежність органу оскарження призводить до втрати довіри, що має суттєві наслідки для системи державних закупівель в цілому та для конкретних переваг, які мали б забезпечуватися цією системою. Якщо орган оскарження не здатен або вважається таким, що не здатен застосувати законодавство про державні закупівлі до порушника відповідних процедур, то учасники тендеру, чії права були порушені, не подаватимуть скарги, і порушення закону так і залишатимуться невиправленими.

Тому статус органу оскарження залежить зокрема від його місця в ієрархії державних органів. Якщо орган оскарження підконтрольний міністерству, то складно говорити про справжню незалежність цього органу та його членів, які мають бути захищені від неналежного політичного втручання. Навіть якщо зв'язки з міністерством обмежуються виключно адміністративними питаннями, це неодмінно призведе до того, що учасники тендеру все одно вважатимуть цей орган частиною державної ієрархії, а отже, його незалежність та нейтральність може бути будь-якої миті скомпроментована. Функція перегляду рішень державних замовників передбачає повноваження виносити квазісудові рішення проти держави, у тому числі рішення про відшкодування збитків. Питання того, чи буде міністерство мати необхідні повноваження та/або рівень довіри, щоби виносити такі рішення, залишається відкритим.

Отже, виходить, що краще не підпорядковувати орган оскарження міністерству, а зробити його окремою установою. У кожному разі, навіть якщо не можна забезпечити абсолютну незалежність органу оскарження, то задля забезпечення його незалежності і нейтральності він не повинен бути частиною державного апарату<sup>4</sup>.

Загалом, сучасні системи державного управління передбачають розподіл владних повноважень між адміністративними органами з метою гарантування підзвітності, етичності та дотримання належних правових процедур. Завдяки цьому одні установи відповідають за розробку, тлумачення та реалізацію стратегій і рекомендацій, а інші – за виконання закону, включаючи перегляд рішень та забезпечення правового захисту. За дуже невеликими винятками, в усіх країнах ЄС, де створені спеціалізовані органи оскарження, ці органи мають чіткий і виключний обов'язок забезпечувати гарантії правового захисту. Дуже важливо, щоби у системі державних закупівель існував розподіл повноважень: це допомагає запобігти конфлікту інтересів і ствердити довіру до системи.

У багатьох країнах, що почали розробляти нові системи державних закупівель, регуляторний орган (бюро/агентство/орган з питань державних закупівель) на першому етапі мав повноваження органу оскарження з питань тендерного законодавства.

---

<sup>4</sup> Див. справу Суду справедливості ЄС № C-53/03 *Synetairismos Farmakopoiion Aitolias & Akarnanias (Syfait) and Others v GlaxoSmithKline*, особливо пункти 30 та 31.

Якщо за законом регуляторний орган уповноважений надавати рекомендації державним замовникам, то він час від часу буде змушений зіштовхуватися з власними вказівками. Ситуація ускладнюється, якщо він здійснює попередній контроль над усіма або окремими етапами процесу державних закупівель. Як наслідок, регуляторний орган зможе розглядати скарги у випадках, коли орган/агентство з питань державних закупівель вже прийняли (або навіть видали) рішення, яке скаржник вважає неправомірним.

Аналогічна проблема може виникати у випадку, коли орган оскарження безпосередньо причетний до закупівельних операцій, наприклад, коли до його повноважень входить виконання функцій централізованої закупівельної організації.

У таких випадках один і той самий орган одночасно виступає *регулятором, контролером, підконтрольним органом, та суддею*: конфлікт інтересів у такому випадку невідворотний. Подібні механізми не задовольняють вимоги незалежності органів оскарження, і тому у багатьох країнах у процесі реформування системи державних закупівель інституційні механізми були змінені.

Особливу увагу слід звернути на порядок фінансування органу оскарження. Спеціалізований орган з розгляду скарг на порушення законодавства у сфері державних закупівель повинен мати незалежне фінансування і власний бюджет. Достатнє фінансування є необхідною умовою гарантування його незалежності і забезпечення належного кадрового складу та інших ресурсів, що дозволять йому надавати послуги на належному рівні. Найкраще закріпити порядок фінансування органу оскарження у законодавчих або регуляторних актах. Якщо фінансування є недостатнім (або якщо воно є достатнім, але залежить від адміністративних рішень, які можуть легко змінюватися), то орган оскарження не має реальної незалежності, необхідної для виконання своїх повноважень.

Щоби й орган оскарження міг належним чином виконувати свої функції, він повинен мати адекватну інфраструктуру: офісні приміщення, комп'ютерне обладнання, бази даних та професійне навчання.

Що стосується членів спеціалізованого органу оскарження, то їхня незалежність є ключовою умовою незалежного статусу цієї інституції.

Одним з найважливіших питань у цьому контексті є правила та процедури, що регулюють порядок їхнього призначення на посаду та звільнення з посади. Можливість дострокового припинення повноважень членів органу оскарження має обмежуватися кількома конкретними випадками, що мають бути чітко визначені у законі. Особа чи установа, що здійснюють офіційне призначення членів органу оскарження, мають бути тими ж, що уповноважені звільняти їх з посади (виключно у спеціальних випадках, передбачених законом). Чим більшою незалежністю користується особа чи установа, що призначає та звільняє членів органу оскарження, тим міцніші їхні гарантії недоторканості та незалежності.

## Австрія

Незалежність адміністративних суддів (постійних членів – *Senatsvorsitzende*) гарантується конституційним законом. Постійні члени призначаються **федеральним президентом Австрії**, при цьому голова та заступник голови призначаються на посаду довічно.

Закон передбачає кваліфікаційні вимоги до кандидатів: спеціальні знання у сфері державних закупівель та професійний досвід у сфері права. Голова,

заступник голови та постійні члени апеляційного органу повинні мати вищу юридичну освіту та щонайменше п'ять років професійного досвіду у сфері права або державних закупівель.

## Словенія

Національна комісія оскарження – це спеціалізований незалежний та автономний орган, що переглядає рішення у сфері державних закупівель у відповідності до Закону про порядок перегляду рішень у сфері державних закупівель. Президент і чотири члени Національної комісії оскарження призначаються на посаду **Національною асамблеєю** за поданням Комісії з питань мандатів та виборів строком на п'ять років та з можливістю повторного переобрання.

Президент і два члени комісії повинні мати вищу юридичну освіту та досвід роботи за спеціальністю, що вимагається для допуску до юридичної практики. Два інших члени комісії повинні мати вищу економічну або інженерну освіту.

У кожному разі члени органу оскарження повинні мати законодавчі гарантії захисту від втручання чи тиску на виконавчому та/або політичному рівні. Члени органу оскарження повинні виконувати свої повноваження на умовах цілковитої незалежності, і надання будь-яких інструкцій від імені будь-якої іншої особи під час виконання ними своїх повноважень мають бути заборонені законом.

Незалежність членів органу оскарження є передумовою їхньої неупередженості – основоположного принципу роботи будь-яких судових, квазісудових та адміністративних інституцій. Та бувають випадки, коли така незалежність нівелюється внаслідок закономірного конфлікту інтересів, що виникає без жодної вини з чийогось боку. Тому правила виявлення та вирішення конфлікту інтересів мають бути визначені на рівні закону або хоча б підзаконного нормативно-правового акту. Члени органу оскарження, що мають особистий інтерес у вирішенні справи, не повинні допускатися до рішення розгляду справи. Наприклад, особа може мати безпосередній стосунок до справи чи бути родичем однієї зі сторін спору. У такому разі вона може залишатись на посаді, але зобов'язана утримуватися від участі у вирішенні питань, що мають стосунок до розгляду даної справи. Це можна зробити шляхом відмови від участі у голосуванні чи обговоренні проектів рішень та відмови отримувати будь-які документи чи інформацію, що пов'язані зі справою.

Як правило, членам органу оскарження забороняється:

- Займатися підприємницькою діяльністю, у тому числі надавати консультаційні послуги, самостійно або через посередників;
- Бути членом об'єднань, що мають економічні інтереси;
- Бути членом політичних партій, займатися політичною діяльністю або брати участь у такій діяльності;
- Займатися будь-якою іншою публічною чи приватною діяльністю, за винятком викладацької, наукової, літературної або творчої.

Ще одним аспектом незалежності членів органу оскарження є їхня фінансова забезпеченість. Особи, що обіймають таку посаду, можуть будь-якої миті піддатися фінансовим чи іншим спокусам, тому необхідно подбати про те, аби

вони змогли встояти перед ними. Країнам, де рівень заробітної плати державних службовців загалом є низьким, рекомендується знайти правові можливості для запровадження спеціальної схеми/механізму оплати праці членів органу оскарження, що допоможе забезпечити їм достойний фінансовий статус.

### Румунія

Члени Національної ради з розгляду скарг – це державні службовці зі спеціальним статусом (незалежність, порядок відбору та призначення, заборона суміщення посад, заробітна платня) та професійним досвідом у сфері державних закупівель. Члени Ради відбираються на конкурсній основі, на базі професійних навичок та репутації. Формальне призначення на посаду здійснює **прем'єр-міністр**. Кандидати на цю посаду повинні мати вищу освіту і принаймні два роки досвіду роботи у сфері державних закупівель. Щонайменше половина складу Ради повинні мати вищу юридичну освіту з правом ведення юридичної практики.

Що стосується рівня заробітної плати членів Ради, то за статусом вони порівнюються до генерального секретаря уряду.

### Інші важливі питання практичного характеру

Не достатньо просто визначити вид органу оскарження та процедуру перегляду рішень. Необхідно ретельно продумати багато різних моментів, що прямо не врегульовані директивами про засоби правового захисту, але мають потенційний вплив на загальні принципи недискримінації, ефективності та прозорості.

Що стосується **дотримання принципу недискримінації**, то загалом це означає, що всі суб'єкти господарювання повинні мати доступ до засобів правового захисту без будь-якої дискримінації, особливо за національною ознакою .

Крім того, існує принцип еквівалентності, який передбачає, що у разі наявності спеціальних гарантій, що спрямовані на забезпечення норм права ЄС, умови їхнього застосування мають бути «не менш сприятливими», ніж умови застосування аналогічних гарантій, що спрямовані на забезпечення положень національного законодавства. Таким чином, правила, що регулюють порядок доступу до органу оскарження, розмір плати за подання скарги, строки оскарження та необхідні докази, не повинні робити реалізацію передбачених законом прав **неможливою чи надмірно складною**<sup>5</sup>.

Наприклад, витрати, пов'язані з розглядом справи, не повинні бути невиправдано високими, інакше це буде знеохочувати учасників тендеру подавати скарги. У більшості країн ЄС за подання скарги сплачується збір, що допомагає знизити ризики зловживання процедурою оскарження та відсіяти недобросовісні скарги. Плат за оскарження у першій інстанції завжди нижча, ніж судовий збір за перегляд рішень у вищих інстанціях. Він має бути пропорційним, тобто таким, що може знизити ризики подання недобросовісних чи необґрунтованих скарг і водночас не буде знеохочувати учасників тендеру подавати вмотивовані скарги чи обмежувати можливості для оскарження представникам малого й середнього бізнесу.

---

<sup>5</sup> Див. справу Суду справедливості ЄС № C-327/00 *Santex SpA v Unità Socio Sanitaria Locale n.42 di Pavia* .

Цілком природно, якщо у законі будуть передбачені обов'язкові елементи скарги, що мають бути зазначені у її тексті або оформлені у вигляді додатків. Водночас, не можна встановлювати надмірні або нереальні для виконання вимоги стосовно доказів. Суб'єкти господарювання іноді не надають необхідну інформацію/документи чи порушують вимоги до формату окремих документів. У таких випадках рекомендується надати заявникові можливість донести усі необхідні документи/інформацію.

Що стосується **дотримання принципу ефективності**, то для забезпечення дотримання законодавства у сфері державних закупівель гарантії правового захисту мають бути підкріплені достатніми формальними повноваженнями, а розгляд справи має відбуватися максимально швидко. Обов'язковою передумовою досягнення такого результату є **оперативність роботи органу оскарження**. Організація, фінансування, кадрове забезпечення та повноваження цього органу мають бути достатніми і повинні узгоджуватися з його обов'язками і відповідальністю.

Детальні чіткі норми, що регулюють процедуру оскарження, мають бути встановлені на рівні закону або хоча б підзаконного акту, прийнятого на виконання відповідного закону. Слід також врегулювати ряд інших питань, зокрема порядок розподілу скарг між членами органу оскарження (в умовах серйозної загрози корупції найкраще зробити це за принципом випадкового вибору), заходи для уникнення конфлікту інтересів, кваліфікаційні вимоги до кандидатів на посаду членів апеляційної комісії: освіта, професійний досвід, спеціальні знання та інші необхідні навички. Дуже важливо забезпечити правову визначеність щодо того, хто розглядатиме справи: увесь орган чи його окремі палати. Якщо перевага віддається другому варіанту, слід визначити кількісний склад кожної палати.

Необхідно запровадити правила, що стимулюватимуть швидкість процедури перегляду, наприклад, максимальні строки розгляду справи і прийняття рішень органом оскарження.

Усі вищенаведені правила не лише допомагають підвищити ефективність роботи органу оскарження, але й відповідають інтересам зацікавлених учасників – державних замовників та суб'єктів господарювання – оскільки забезпечують чітке розуміння правил і пояснюють, на що можна очікувати під час процедури оскарження.

Орган оскарження повинен мати необхідні потужності, достатні для розгляду очікуваного обсягу справ, а згодом ці потужності треба буде збільшувати паралельно із загальним розвитком системи. Адміністративні потужності стосовно, наприклад, людських ресурсів виражаються у кадровому складі, кількості та освітньому рівні співробітників органу оскарження.

Якщо установі постійно бракує людських ресурсів, вона не зможе ефективно виконувати свою роботу. Кількісний склад органу оскарження має визначатися із врахуванням кількох важливих факторів, зокрема:

- Кола завдань апеляційного органу, у тому числі його повноважень та сфери дій системи оскарження<sup>6</sup>;

---

<sup>6</sup> У більшості держав-членів ЄС система оскарження поширюється як на контракти, сума яких є меншою, так і контракти, сума яких є більшою, ніж граничний розмір, передбачений

- Кількості державних замовників у країні;
- Культури оскарження, у тому числі місцевого менталітету та схильності суб'єктів господарювання оскаржувати рішення державних замовників;
- Передбачених законом строків розгляду справи;
- Кількості членів органу оскарження, які відповідно до закону уповноважені розглядати скарги;
- Підтримки членів органу оскарження з боку технічного та адміністративного персоналу.

Важливе значення має освітній рівень співробітників органу оскарження: вони повинні не лише добре розумітися на державних закупівлях, але й вміти оцінювати докази і розробляти вмотивовані рішення. Наділення групи осіб повноваженням перегляду рішень державних замовників у рамках реформування системи державних закупівель ще не означає, що ці особи мають необхідну компетенцію для виконання цих повноважень. Створення (нового) органу оскарження вимагає зусиль з розбудови його потенціалу, включаючи інтенсивне навчання – особливо на початковому етапі роботи органу, а також протягом наступних років – за допомогою участі у програмах підвищення кваліфікації.

Необхідно також вирішити чутливе питання щодо обсягу повноважень органу оскарження: чи переглядатиме він скарги виключно в межах вимог заявників або ж матиме більш широкі слідчі повноваження і вивчатиме усю тендерну документацію з метою її перевірки на предмет наявності інших порушень законодавства.

За правом ЄС органи оскарження за своїм статусом **не зобов'язані проводити контрольні розслідування**. У деяких країнах такий обов'язок передбачений, але багато хто з них збирається скасувати ці положення, тому що вони не виправдали себе на практиці. Заявники нерідко переносять обов'язок розслідування справи на орган оскарження, перетворюючи тим розгляд скарги на довготривалу й дорогую процедуру.

Не зайвим буде забезпечити органу оскарження доступ до послуг зовнішніх експертів з метою дослідження технічних аспектів справи. За загальним правилом, експерти повинні володіти спеціалізованими знаннями у певній галузі, а їхнє завдання полягає у тому, щоби надати органу оскарження незалежну допомогу у спеціальних питаннях, переважно технічних або фінансових. Заявник і орган державний замовник, чиє рішення підлягає оскарженню, повинні мати можливість надати експертні висновки. Крім того, орган оскарження може призначити власного експерта, який має бути неупередженим і незалежним від сторін та іншого впливу. Якщо орган оскарження вважатиме експертний висновок необґрунтованим, він може не брати його до уваги і призначити іншого експерта або взяти до уваги висновки експертів, що були надані сторонами.

По суті члени органу оскарження не зобов'язані брати до уваги висновки експертів, але такі висновки можуть мати важливе значення при винесенні рішення, і їх не можна відкидати без належного обґрунтування.

---

директивами про державні закупівлі 2004/17/ЄС та 2004/18/ЄС. Для отримання більш детальної інформації див. доповідь SIGMA № 41(2007) «Системи перегляду рішень та забезпечення правового захисту у сфері державних закупівель у країнах ЄС».

Що стосується **принципів прозорості та правової визначеності**, то однією з основних задач органу оскарження є винесення послідовних рішень, що підлягають офіційному оприлюдненню.

Перша умова дотримання цих принципів – це створення чітких і прозорих процедур, що дозволяють забезпечити єдиний підхід до застосування закону. Друга умова – кожна сторона повинна мати право на отримання інформації про хід розгляду справи, аби мати достатню можливість підготувати свої аргументи. Нарешті, сторони повинні мати право бути проінформованими про підстави рішення апеляційного органу, у тому числі про те, які аргументи лягли в основу оцінки доказів та вирішення правових питань, що мають значення для справи.

Оприлюднення рішень на веб-сайті органу оскарження – це ефективний спосіб підвищити послідовність дій цієї інституції, забезпечивши відповідність її рішень попереднім рішенням з аналогічних питань, та запобігти винесенню суперечливих рішень під час тлумачення закону. Більше того, це може бути корисним інструментом для обміну професійним досвідом з іншими зацікавленими учасниками системи. Для органу оскарження це чудовий спосіб поширити інформацію про власні підходи до вирішення різних типів скарг та своє бачення проблем у сфері державних закупівель, і державні замовники лише виграють від наявності такої інформації.

Спрощений доступ до необхідної інформації необхідний для підвищення ефективності механізму обміну, що дозволить швидко знаходити справи за обраними критеріями пошуку. Тому для гарантування послідовності у тлумаченні та застосуванні законодавства не достатньо просто опублікувати рішення у вихідному форматі, наприклад у вигляді PDF-файлу, інакше щоби знайти правову позицію органу оскарження з того чи іншого питання, фахівцям доведеться перечитувати усі рішення.

Оптимальним варіантом буде створити **базу рішень органу оскарження з можливостями пошуку** за критерієм правових питань: це спростить щоденну роботу фахівців з державних закупівель і допоможе самому органу оскарження забезпечити послідовність у прийнятті рішень. Крім того, орган оскарження має публікувати аналіз поширених правових проблем, що виникають у процесі державних закупівель, і зазначати шляхи їхнього практичного вирішення (наприклад, кваліфікаційні критерії, критерії присудження контрактів, застосування технічних специфікацій, недопустимо низькі ціни тендерних пропозицій).

#### **Додаткова література:**

- Системи перегляду рішень та засоби правового захисту у сфері державних закупівель у країнах ЄС (доповідь SIGMA № 41, 2007)
- [Засоби правового захисту](http://www.sigmaweb.org/publications/47450502.pdf) (аналітична записка SIGMA про державні закупівлі № 12).<http://www.sigmaweb.org/publications/47450502.pdf>