



Support for Improvement in Governance and Management

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

Обзор 25

июль 2013

Государственные закупки

Создание контролирующих органов в сфере закупок

СОДЕРЖАНИЕ

- [Важность системы контролирующих органов](#)
- [Основные институционные модели](#)
- [Ключевые требования к специализированному контролирующему органу](#)
- [Административная жалоба, подаваемая организатору тендера](#)
- [Статус и независимость специализированного контролирующего органа](#)
- [Другие важные практические вопросы](#)
- [Дополнительная литература](#)



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.

Важность системы контролирующих органов

Основной задачей системы контролирующих органов в сфере государственных закупок является обеспечить строгое соблюдение законодательства о государственных закупках путем гарантированного устранения его нарушений, а также умышленных и неумышленных ошибок, допускаемых организаторами тендеров. Надежно работающая система контролирующих органов в сфере государственных закупок отвечает интересам всех заинтересованных групп – субъектов экономической деятельности, организаторов тендеров, а также общества в целом.

К системам контролирующих органов в сфере государственных закупок государств-членов ЕС предъявляются требования по созданию и развитию систем контроля на основе конкретных требований Директив ЕС по средствам правовой защиты в государственных закупках 89/665/ЕЕС и 92/13/ЕЕС с изменениями, внесенными, помимо прочего, положениями Директивы 2007/66/ЕС, Договора о функционировании Европейского Союза и решениями Суда Европейского Союза (СЕС).

В соответствии с вышеуказанными и другими международными стандартами, такая система должна обеспечивать участников и кандидатов в участники тендеров, законным интересам которых был нанесен ущерб, средствами правовой защиты, действующими

- быстро;
- эффективно;
- прозрачно;
- без дискриминации.

Несмотря на то, что Директивы ЕС касаются государств-членов ЕС, государства-кандидаты и некоторые государства-партнеры разрабатывают новые (качественные и эффективные) системы правовой защиты, которые строятся на общих принципах, провозглашенных в Директивах ЕС. Данный обзор нацелен на знакомство с общими руководящими принципами – в частности, разработчиков соответствующих правил в указанных странах – одного из наиболее важных элементов, который следует принимать во внимание при разработке и внедрении системы средств правовой защиты: это - создание контролирующего органа (или органов).

Данный обзор начинается с описания основных институционных моделей ЕС, без углубления в оценку их соответствующих преимуществ/недостатков или в рекомендации по какой-то одной институционной схеме. Далее освещаются ключевые требования, установленные Директивами ЕС и практикой СЕС для «специализированных» контролирующих органов. Последние разделы Обзора, в основном, посвящены разным аспектам образцов надлежащей практики, таким как способы обеспечения независимости контролирующих органов, а также пути решения других важных вопросов, связанных с созданием контролирующего органа.

Основные институционные модели

В силу разнообразия правовых традиций государств-членов ЕС в них существуют разные модели создания институционной базы правовой защиты и различные подходы к обеспечению соблюдения соответствующих законов; поэтому

утверждать, что какая-то одна модель лучше другой, сложно. Поскольку все государства-члены имеют институционную автономию, каждое из них свободно в выборе наиболее подходящего варианта обеспечения эффективного контроля государственных закупочных контрактов. К государствам-членам не предъявляются требования по внесению изменений в свою институционную структуру для внедрения, применения и выполнения законодательства ЕС, однако, они могут использовать уже существующие в стране схемы и механизмы при условии их соответствия законодательству ЕС. В то же время, ничто не лишает государство-член ЕС возможности создания новых, специализированных административных органов, уполномоченных обеспечивать средства правовой защиты.

При условии обеспечения государствами-членами эффективного контроля контрактов государственных закупок, они вправе возлагать контролирующие функции на любой из следующих органов:

- **Обычные суды;**
- **Специализированные административные органы;**
- **Сочетание первого и второго.**

Директивы по средствам правовой защиты предусматривают, что жалобы могут подаваться в «отдельные органы, отвечающие за различные аспекты процедуры». Действительно, в большинстве государств-членов выбранная модель представляет собой сочетание разных контролирующих органов, отвечающих за разные аспекты контроля. Например, рассмотрение определенных жалоб – в частности, связанных с ущербом – возможно только в обычных судах, в то время как в некоторых странах жалобы могут рассматриваться специализированным органом по контролю закупок, который, в случае жалоб о нанесенном ущербе, решений относительно такого ущерба не принимает. Часто пунктом размежевания двух направлений в такой системе является момент заключения контракта¹.

Что касается **обычных судов**, в Директивах по средствам правовой защиты отсутствуют требования обязательного осуществления контроля через гражданские или административные суды. Процессуальные правила каждой отдельной страны предусматривают либо одно, либо другое, либо их сочетание.

В Бельгии, Франции, Ирландии, Литве, Нидерландах, Португалии, Швеции и в Соединенном Королевстве контроль решений по закупкам возлагается исключительно на обычные суды.

Кроме того, по крайней мере, одно государство-член ЕС проводит четкое различие между контрактами, регулирующимися нормами Директивы 2004/18/ЕС, и контрактами, регулирующимися нормами Директивы 2004/17/ЕС. В результате такого различия в **Бельгии** споры относительно государственных закупок в связи с контрактами первой категории слушаются административными судами, а в связи с контрактами второй категории –

¹ Более подробно см. *Public Procurement Review and Remedies Systems in the European Union* (SIGMA Paper No. 41, 2007).

гражданскими судами.

В ряде других государств-членов подсудность вопроса будет зависеть от (частного или государственного) характера соответствующего контракта. **Франция** – пример, где к процессу контроля привлекаются как гражданские, так и административные суды, однако характер спора определяется не так, как в Бельгии, поскольку здесь гражданским судам подсудны только закупочные решения, касающиеся частных коммунальных предприятий.

Принципиальная разница между разными моделями касается уровня контролирующего органа первой инстанции. В некоторых случаях первая инстанция – это административный суд низшей инстанции, а других случаях – более высокий уровень юрисдикции. Уровень первой инстанции может иметь влияние на затраты сторон, скорость процедуры и на ее доступность для сторон. Производство в судах высших инстанций может быть дорогостоящим, требовать больших затрат времени и осуществляться в регионе, не совпадающем с тем, в котором выполнялся контракт на закупки. Эти факторы могут удерживать участников тендера от подачи жалоб. И наоборот: производство в суде низшей инстанции может требовать меньших финансовых и временных затрат и осуществляться в том же регионе, где выполнялся контракт на закупки; с другой стороны, при этом контролирующий орган не всегда будет обладать достаточным опытом и экспертными знаниями.

Контролирующие органы с отдельной специализацией по государственным закупкам тоже существуют; их использует примерно половина государств-членов. Как правило, эти органы являются внесудебными или квази-судебными (то есть, аналогичными судам в значении статьи 267 ДФЕС) и выполняют функции контролирующего органа первой инстанции. За некоторыми исключениями, решения специализированных контролирующих органов являются обязательными для выполнения, но могут быть обжалованы в административных судах, которые имеют право отменять решения как апелляционная инстанция.

Во многих государствах-членах вторая инстанция является последней, однако в ряде стран существует и третья судебная инстанция: например, в **Эстонии, Латвии, Литве, Нидерландах, Словакии, Швеции** и в Соединенном Королевстве.

В силу ряда существенных преимуществ, присущих контролирующим органам, специализирующимся на системе государственных закупок, стоит рекомендовать создание именно таких органов, особенно странам, являющимся кандидатами или потенциальными кандидатами в члены ЕС, а также любому государству, заинтересованному в реализации эффективной системы контроля:

- Как правило, такая процедура будет более простой и быстрой в сравнении с производством в обычных судах. Это создает условия для более качественного выполнения критерия «скорости», который должен быть неотъемлемой характеристикой системы средств правовой защиты.
- Представители специализированного контролирующего органа работают исключительно с делами о закупках. В результате этого, они обладают возможностью быстро накопить опыт в этой области и знания в области процедур присуждения контрактов и других сопутствующих вопросов.

- Ввиду продолжительности судебных процедур и требований юридического представительства затраты в случае рассмотрения жалоб обычными судами могут быть намного выше, чем при использовании специализированных контролирующих органов.

Основные требования к специализированному контролируемому органу

При том, что специализированный контролирующий орган в сфере государственных закупок, как правило, является внесудебным, он может иметь черты судебной инстанции.

Черты судебной инстанции: В практике Суда Европейского Союза (СЕС)² были установлены основные требования, на основе которых отвечающий за средства правовой защиты орган должен считаться органом, имеющим черты судебной (или квази-судебной) инстанции. При этом Суд принимал во внимание ряд факторов, таких как создание этого органа на основании закона, его постоянный характер, обязательность его юрисдикции, ведение его процедур на основе принципа *inter partes*, а также применение таким органом норм права и его независимость.

- **Орган, созданный на основании закона.** Во многих государствах-членах ЕС создание контролирующего органа предусматривается отдельным разделом закона о государственных закупках (ЗГЗ). Это не означает, что вариант принятия отдельного закона, который касался бы только институционального аспекта, не будет приемлемым. Правовые нормы должны регулировать разные аспекты, обеспечивающие функциональность органа, включая, например, положения о компетенции контролирующего органа, о назначении и увольнении его членов, о квалификации, обязательной для члена такого органа, нормы о конфликте интересов, о четко организованной системе распределения дел, а также нормы о процессуальных требованиях.

Конкретным примером является **Австрия**. В рамках федеральной системы, установленной Федеральной Конституцией Австрии, жалобы на действия организаторов тендеров рассматриваются десятью разными контролируемыми органами. То есть, соответствующие процедуры установлены, с одной стороны, в девяти законах о контроле закупок на региональном или муниципальном уровне разных федеральных единиц (*Länder*), а с другой стороны – в федеральном ЗГЗ.

- **Орган, являющийся постоянным.** Такой орган не должен создаваться на временной основе. Его члены остаются на своих должностях в течение определенного количества лет. Такое требование не исключает возможности наличия в рамках контролирующего органа нескольких коллегий, которые рассматривают дела на основе четко определенной системы их распределения.

² Одним из наиболее соответствующих данной теме дел СЕС является дело C-54/96, *Dorsch Consult GmbH v. Bundesbaugesellschaft Berlin*

- **Юрисдикция органа является обязательной.** Любые решения/постановления, вынесенные контролирующим органом, подлежат обязательному выполнению. В частности, такой орган наделяется следующими полномочиями:
 - Принятие мер обеспечения иска с целью устранения нарушения или предотвращения дальнейшего ущерба, включая меры по приостановке или обеспечению приостановки тендерного процесса или реализации какого-либо решения, принятого организатором тендера;
 - Отмена или обеспечение отмены любого неправомерно принятого решения, включая изъятие из объявления о проведении тендера или из тендерной документации технических, экономических или финансовых условий дискриминационного характера.

Наделение такого органа полномочиями принятия решения о присуждении компенсации за убытки не является обязательным условием; такими полномочиями лучше наделить суды высшей инстанции.

Исключение из этого правила существует в **Дании**, где Комиссия по рассмотрению жалоб может принимать решения о присуждении компенсации за убытки. При этом следует заметить, что общее число жалоб в Дании – очень низкое, поэтому скорость принятия решений о правовой защите не страдает из-за перегруженности органа делами. Решение о компенсации убытков принимается после вынесения решения по сути дела, как-то, решения об удовлетворении жалобы на нарушение применимых правил государственных закупок. Решения по искам о компенсации убытков принимаются в соответствии с общими принципами права Дании. В зависимости от обстоятельств конкретного дела, сумма такой компенсации может быть равной стоимости проведения тендера или сумме упущенной прибыли.

- **Процедура контролирующего органа является двусторонней (*inter partes*).** Соблюдение общих принципов состязательного процесса является обязательным для всех дел. Все заинтересованные стороны наделяются адекватными возможностями представить факты и доказательства, при этом каждая сторона должна иметь право ответного заявления или оспаривания всех доказательств и аргументов, приведенных противоположной стороной. Обе стороны имеют больше возможностей предоставить свою точку зрения относительно позиции другой стороны, когда слушания проводятся устно, однако допустимой альтернативой является предоставление сторонам возможности подавать в ходе рассмотрения дела свои заявления в письменной форме. Доступ к материалам дела должен обеспечиваться обеим сторонам, за исключением конфиденциальной информации.

Венгерская арбитражная комиссия по вопросам государственных закупок принципиально проводит свои слушания в открытом режиме, однако в случаях, когда из соображений сохранения государственной, профессиональной или коммерческой тайны необходимо обеспечить конфиденциальность, Совет может принять решение о производстве *in camera*. За несколькими исключениями, которые, как правило, связаны с коммерческой тайной, всем причастным сторонам гарантируется полный доступ к материалам тендерной процедуры.

- **Орган применяет нормы права.** В процессе принятия решений контролирующий орган обязан применять нормы, регулирующие присуждение государственных контрактов, которые определены в Директивах ЕС и в законах, принятых для внедрения таких норм в национальное право. Данное требование тесно связано с первым (создание органа на основании закона), поскольку четким аргументом в пользу того, что данный орган соответствует этому требованию, может быть то, что общие процессуальные правила его работы как таковые установлены законом.
- **Орган является независимым.** Данное требование охватывает много аспектов – институционный, финансовый – однако основной принцип заключается в том, что контролирующий орган выполняет свои задачи самостоятельно и под свою собственную ответственность, а также в том, что его члены подчиняются исключительно нормам закона (это положение более подробно рассматривается в следующем разделе Обзора).

Внесудебный характер органа: В случае, когда отвечающие за процедуры контроля органы не являются судебными по своему характеру, рассмотрение вопросов о присуждении государственных контрактов может осуществляться такими органами в первой инстанции, хотя в Директивах ЕС о средствах правовой защиты предусмотрены некоторые связанные с этим юридические гарантии.

Прежде всего, если отвечающий за процедуры контроля орган не является по своей природе судебным, он обязан во всех случаях излагать мотивы своих решений в письменной форме.

Кроме того, в таких случаях решения, принимаемые органами, не являющимися судебными по своему характеру, в обязательном порядке подлежат рассмотрению судом или иным органом, являющимся судом или судебным органом в рамках значения статьи 177 Договора о ЕС, обладающим независимостью как от организатора тендера, так и от контролирующего органа. Такой независимый орган должен отвечать конкретным требованиям подпункта два Статьи 2(8) Директивы 89/665/ЕЕС.³ (По сути, он должен отвечать всем шести требованиям, изложенным выше).

Систему контроля в сфере государственных закупок и средств правовой защиты Кипра можно разделить на три составляющие: подача жалобы организатору тендера, внесудебное рассмотрение в **Органе тендерного контроля (ОТК)** и судебная процедура в Верховном суде Кипра. При создании ОТК он был наделен полномочиями рассмотрения любых решений, принятых организаторами тендеров до заключения любого государственного контракта в связи с предполагаемым нарушением закона. Таким образом, это – отдельный,

³ “Члены такого независимого органа должны назначаться на должности и отстраняться от должности на тех же условиях, что и члены судебного корпуса в том, что касается органа, уполномоченного назначать на должности, срока полномочий и условий отставки. Юридической и профессиональной квалификацией, аналогичной квалификации судьи, должен обладать, по крайней мере, председатель такого независимого органа. При принятии своих решений этот независимый орган должен следовать процедуре, дающей обеим сторонам быть заслушанными, а его решения должны быть обязательными, и их выполнение должно обеспечиваться средствами, определяемыми каждым государством-членом.”

независимый от правительства, орган контроля в сфере государственных закупок. Вместе с тем, члены этого органа не обладают статусом, сравнимым со статусом судей. В состав ОТК входят пять членов, включая его председателя. Любое лицо, которому был нанесен ущерб решением ОТК или любым решением, принятым организатором тендера до или после заключения контракта, имеет право опротестовать такое решение в Верховном суде Кипра. Членами Верховного суда и его председателем являются судьи, а их статус определен в Конституции. Этот суд отвечает требованиям, установленным для суда общей юрисдикции в статье 177 Договора о ЕЭС.

Правила по Соглашению о государственных закупках (СГЗ).

Основополагающие требования к контролю государственных закупок и к процедурам правовой защиты были определены Соглашением Всемирной торговой организации (ВТО) о государственных закупках 1994 года (а также Комиссией ООН по праву международной торговли – ЮНСИТРАЛ) в типовом законе с изменениями, принятыми в 2011 году. Эти базовые функциональные показатели закладывают фундамент, на котором правительства могут выстраивать институты правовой защиты и процедуры контроля для удовлетворения заинтересованности общества в эффективном использовании государственных средств, и одновременно – заинтересованности частных игроков в участии в конкурсных процедурах.

Полезно будет напомнить, что в Соглашении ВТО о государственных закупках содержатся принципы, касающиеся органов контроля, аналогичные тем, которые определены в законодательстве ЕС. Более подробное толкование общих принципов в их приложении к конкретным обстоятельствам можно найти в практике Суда Европейского Союза (СЕС), однако сходство подходов ЕС и ВТО к контролирующим органам заслуживает отдельного внимания, как пример образцов надлежащей практики, признаваемых на международном уровне.

В Соглашении ВТО указано: *“Слушания по жалобам должны проводиться судом непредвзятым и независимым контролирующим органом, не имеющим заинтересованности в результатах тендера, члены которого защищены от внешних влияний на протяжении периода выполнения своих обязанностей. Не являющийся судом контролирующий орган должен быть либо подконтрольным решениям судов, либо действовать по процедуре, предусматривающей:*

- (a) Возможность участников быть заслушанными до объявления выводов или вынесения решения;*
- (b) Возможность участников использовать представителей и сопровождающих лиц;*
- (c) Возможность доступа участников ко всем процедурам;*
- (d) Возможность публичного проведения процедур;*
- (e) Обязательное оформление выводов или решений в письменной форме с отдельным указанием мотивов для принятия данного конкретного решения;*
- (f) Возможность представлять свидетелей;*
- (g) Возможность раскрытия документации для контролирующего органа”.*

Административная жалоба, подаваемая организатору тендера

В законодательстве некоторых государств-членов ЕС предусмотрена обязанность (а не только возможность):

- Подачи предварительной административной жалобы организатору тендера, допустившему предполагаемое нарушение закона о государственных закупках; либо
- Уведомления организатору тендера о намерении добиваться рассмотрения жалобы.

В соответствии с Директивами ЕС о средствах правовой защиты, оба указанных обязательства/возможности являются факультативными.

Вариант подачи жалобы непосредственно организатору тендера может предполагать некоторые преимущества, особенно в случаях, когда поводом для спора является очевидная непреднамеренная ошибка, а не умышленное нарушение закона о закупках. Участник конкурса имеет возможность избежать противостояния с организатором тендера, поскольку последний получит возможность исправить ошибку. Такой вариант может быть наиболее быстрым способом устранения нарушения, а также создает возможность избежать связанных с рассмотрением дела издержек.

При всей возможной практической пользе такого правила, предварительная жалоба, подаваемая организатору тендера, **не считается, согласно Директивам о правовой защите, первой инстанцией процесса обжалования.**

Недостаток заключается в том, что ожидание решения по жалобе со стороны организатора тендера может требовать значительного времени и затянуть процедуру обжалования в целом. Вместе с тем, если предварительное уведомление направляется организатору тендера параллельно с подачей жалобы в контролирующий орган, обязанность дожидаться решения организатора тендера отсутствует. Это – одна из причин, по которым некоторые государства-члены требуют от хозяйствующих субъектов, добивающихся рассмотрения их жалобы судебным или квази-судебным органом, направления копии их жалобы или иска соответствующему организатору тендера, давая, таким образом, последнему возможность самостоятельно устранить нарушение до того, как он станет стороной процесса обжалования. (Более подробно см. *Public Procurement Review and Remedies Systems in the European Union* (SIGMA Paper No. 41, 2007).

Статус и независимость специализированного контрольного органа

Являясь одним из требований Директив о правовой защите, а также образцов надлежащей международной практики, независимость контролирующего органа может считаться краеугольным камнем обеспечения доверия к результатам процедур обжалования решений в сфере государственных закупок.

Связанные с независимостью вопросы можно рассматривать на двух уровнях:

- Независимость контролирующего органа как института;
- Независимость членов контролирующего органа.

С точки зрения того, обладает или нет специализированный контролирующий орган **как институт** правовым статусом независимой организации, он должен

быть (i) независимым от сторон закупочных процедур – организаторов тендера и хозяйствующих субъектов; и (ii) функционально независимым от правительства.

Даже если контролирующий орган является технически независимым от организатора тендера, он все равно является частью государственного аппарата, а поэтому сомнения в его полной независимости от правительства всегда будут иметь место. А неспособность гарантировать такую независимость действий будет приводить к отсутствию доверия, что приведет к серьезным последствиям для системы закупок в целом, равно как и для того материального выигрыша, на получение которого рассчитывается хорошо работающая система. Если контролирующему органу не удалось добиться выполнения правил, нацеленных против их нарушителей, или если, тем более, такой орган и не задумывался как способный обеспечивать такие правила, потерпевшие убытки участники тендеров сочтут подачу жалоб бесполезной, и тогда нарушения правил останутся не устраненными.

По этим причинам статус контролирующего органа связан и с его местом в государственной иерархии. До тех пор, пока контролирующий орган является подконтрольным министру, доказывать реальную независимость этого института и его персонала, который должен быть защищен от неправомερных влияний, будет сложно. Даже если его связи с министерством ограничены исключительно административными вопросами, неизбежным последствием такой связи будет то, что в восприятии участников тендера такой орган и далее будет частью иерархии, а его независимость и нейтральность в любой момент может оказаться под вопросом. Функция контроля предполагает право института принимать квазисудебные решения (включая присуждение компенсации) против правительства. Вопрос в том, будет ли иметь министерство полномочия и/или степень доверия, которые дадут ему возможность такие решения принимать.

Следовательно, наилучшим вариантом представляется размещение контролирующего органа за пределами министерства, желательно – в статусе отдельного учреждения, и в любом случае – даже если обеспечить «абсолютную» независимость невозможно – вне иерархии государственного аппарата, что послужит основным средством защиты его независимости и нейтралитета⁴.

В общем, современные системы государственного управления требуют разделения полномочий внутри администрации для того, чтобы гарантировать подотчетность, должные правовые процедуры и честность. Таким образом, за разработку правил, их толкование, реализацию и предоставление консультаций по ним должны отвечать одни лица, а за обеспечение их соблюдения (включая функции контроля и правовой защиты) – другие. За несколькими исключениями, во всех государствах-членах ЕС, где были созданы специализированные контролирующие органы, на эти учреждения возложена четкая и исключительная ответственность за обеспечение мер правовой защиты. Во избежание конфликта интересов и для построения доверия к системе крайне важно обеспечить разделение полномочий и прав в рамках системы государственных закупок.

Во многих странах, начавших построение новых систем государственных закупок, регулирующий орган (Бюро/Агентство/Орган государственных закупок – БГЗ/АГЗ)

⁴ См. дело CEC C-53/03, *Synetairismos Farmakopoion Aitolias & Akarnanias (Syfait) and Others v GlaxoSmithKline*, в частности - параграфы 30 и 31.

первоначально наделялся также и полномочиями контроля решений в сфере государственных закупок.

Если, согласно закону, в задачи регулирующего органа входит консультирование организаторов тендеров, могут возникать ситуации, когда он столкнется с результатами своего собственного совета. Ситуация будет еще более сложной, если такой орган вовлекался в предварительный (*ex ante*) контроль процесса закупок полностью или частично. Следствием будет наличие у регулирующего органа возможности принимать решения по жалобам в ситуациях, когда само БГЗ/АГЗ уже приняло или даже обязало выполнять якобы ошибочное решение.

Такая же несовместимость наблюдается в случаях, когда контролирующий орган напрямую причастен к закупочным сделкам, например, когда он объявляется, в дополнение к прочим задачам, центральным органом государственных закупок.

В таких случаях учреждение превращается в *регулятора, регулируемого, контроллера и арбитра*, и тогда избежать потенциального конфликта интересов и злоупотреблений становится практически невозможно. Такие схемы нарушают требования о независимости контролирующих органов, поэтому многие страны в процессе постоянного реформирования систем государственных закупок изменяли его институционную базу.

Особое внимание следует уделять финансированию учреждения. Специализированный контролирующий орган должен иметь финансовую независимость, свой собственный бюджет. Адекватное финансирование необходимо для его гарантированной независимости и для надлежащего укомплектования кадрами (включая административный персонал) и другими ресурсами, что позволит ему предоставлять услуги на требуемом уровне качества. Наилучшим решением является обеспечение финансирования на основе правовой/законодательной базы. При неадекватном финансировании или даже при финансировании адекватном, но при этом зависящим от административных решений при простых процедурах его изменения, контролирующий орган не будет обладать реальной независимостью для выполнения своих обязанностей.

Для того чтобы выполнять свою работу успешно, контролирующий орган должен быть обеспечен достаточной инфраструктурой (например, помещениями, техникой, базами данных и возможностями обучения персонала).

Что касается **представителей** специализированного контролирующего органа, их независимость является базовым условием демонстрации независимого статуса контролирующего органа как института.

Одним из наиболее важных аспектов является набор правил, регулирующих процедуры назначения на должности и увольнения. Возможность отмены назначений членов такого органа до истечения срока их полномочий должна быть ограничена лишь несколькими конкретными обстоятельствами, которые должны быть очень четко определены в законе. Полномочия официального назначения на должности представителей контролирующего органа и их отстранения от должности должны принадлежать одному и тому же лицу/учреждению (и только при наступлении обстоятельств, предусмотренных законом). Чем независимее будет лицо/учреждение, наделенное законными полномочиями назначать на должности/смещать представителей контролирующего органа, тем более защищенной будет их должность, а значит – их независимость.

Австрия

Независимость судей административного суда (его постоянных членов - *Senatsvorsitzende*) гарантируется конституционным законом. Постоянные члены назначаются на должности **Федеральным президентом Австрии**; при этом председатель суда и его заместитель назначаются на должности бессрочно.

К кандидатам на должности предъявляются требования по уровню профессиональной квалификации (конкретные знания в области государственных закупок и юридический опыт). Председатель суда, его заместитель и постоянные члены должны быть квалифицированными юристами и иметь не менее пяти лет профессионального стажа в области права либо в сфере государственных закупок.

Словения

Национальная контрольная комиссия (НКК) является специализированным, независимым и самостоятельным государственным органом, контролирующим процедуры передачи закупочных контрактов в соответствии с нормами Закона о контроле процедур государственных закупок. Председатель и четыре члена НКК назначаются **Национальной Ассамблеей** на основе предложений Мандатной и избирательной комиссии на пятилетний срок с возможностью переизбрания.

Председатель и двое из членов комиссии должны иметь высшее юридическое образование, а также профессиональную квалификацию, достаточную для принятия в Ассоциацию юристов. Еще два члена должны иметь высшее экономическое или техническое образование.

Во всех случаях члены контролирующего органа должны быть защищены законом от любых вмешательств в их работу или даже от давления, которое может оказываться на них со стороны исполнительных или политических властей. Члены контролирующего органа обязаны исполнять свои функции на принципах полной независимости, при этом отдача им указаний, касающихся исполнения ими своих обязанностей, от имени любого лица должна быть запрещена законом.

Независимость контролирующего органа является предпосылкой обеспечения его непредвзятости, которая является фундаментальным принципом работы всех судебных, квази-судебных и административных учреждений. Вместе с тем, эта непредвзятость может находиться под влиянием конфликтов интересов, которые являются неизбежными и могут возникать естественным способом, без чьей-либо вины. Именно поэтому закон или, по крайней мере, регламенты, должны предусматривать правила выявления и раскрытия конфликтов интересов и предполагать меры для их предотвращения или разрешения. Представители контролирующего органа не должны допускаться к процедуре рассмотрения жалоб во всех тех случаях, когда у них существует своя личная заинтересованность в принимаемом решении. Например, представитель органа может иметь личные отношения с лицом, являющимся одной из сторон спора, или быть родственником такого лица. В этом случае такому представителю будет целесообразно сохранить свою позицию, но воздержаться от участия в любой процедуре принятия решений по касающимся его вопросам. Это можно сделать, воздержавшись от голосования, объявив самоотвод при обсуждении

соответствующих конкурсных предложений, а также отказываясь от получения каких-либо документов или иной информации, связанной с данным делом.

В порядке общего правила, представители контролирующего органа не должны иметь права:

- Вести коммерческую деятельность, включая предоставление консультаций напрямую или через посредников;
- Выступать в качестве члена группы с определенными хозяйственными интересами;
- Выступать в качестве члена политической партии и вести политическую деятельность или участвовать в ней;
- Исполнять какие-либо государственные или частные функции, за исключением преподавательской, научной и/или творческой деятельности.

Еще одним аспектом, требующим осторожного подхода в ходе дискуссии о независимости представителей контролирующего органа, является финансовая безопасность. Лица, занимающие такие должности, в любой момент могут оказаться перед искушениями финансового или иного характера и должны быть способны противостоять им. В тех странах, где уровень зарплат в государственном секторе является, в общем, невысоким, целесообразно найти законодательное решение по внедрению специальных схем/сеток заработной платы для того, чтобы обеспечить представителей контролирующего органа разумным финансовым статусом.

Румыния

Члены Национального совета по рассмотрению жалоб являются государственными служащими со специальным статусом (независимость, процедура отбора и назначения на должности, правила несовместимости с должностью и невозможности занятия должности, заработная плата) и опытом в сфере законодательства о закупках. Члены этого совета отбираются по конкурсу на основе их профессиональных навыков и репутации, а формально назначаются на должности **Премьер Министром**. К ним предъявляются требования наличия высшего образования и не менее двух лет стажа работы в сфере государственных закупок. Не менее половины членов совета должны иметь юридическое образование.

Что касается размеров вознаграждения, его размер приравнивается к размеру вознаграждения генерального секретаря правительства.

Другие важные практические вопросы

Простого описания «на бумаге» того типа контролирующего органа, который должен быть создан, а также применимых общих правил будет недостаточно. Необходимо продумать целый ряд дополнительных деталей, поскольку они потенциально могут повлиять на общие принципы запрета дискриминации, принципы эффективности и прозрачности, непосредственная формулировка которых в Директивах ЕС по мерам правовой защиты отсутствует.

Что касается **соблюдения принципа недопустимости дискриминации**, общее понимание заключается в том, что меры правовой защиты должны быть

доступны для всех хозяйствующих субъектов без какой-либо их дискриминации, включая аспект гражданства.

Кроме того, принцип равенства требует, чтобы в случае наличия конкретных мер правовой защиты для выполнения правил ЕС, условия применения таких мер были бы «не менее благоприятными», чем условия применения аналогичных мер с целью соблюдения внутренних правил. Поэтому правила, касающиеся доступа к контролирующему органу, подлежащих оплате сборов, сроков и подаваемых доказательств, не должны превращать процесс реализации предоставленных законом прав в процесс **невозможный или исключительно сложный**⁵.

Например, связанные с обжалованием и мерами защиты издержки не должны быть значительными, поскольку их большой размер может восприниматься как фактор сдерживания участников конкурса от подачи жалоб. В большинстве государств-членов ЕС существует начальный сбор при подаче жалоб для того, чтобы уменьшить риски злоупотреблений со стороны недобросовестных истцов. Но при этом ставки сборов, подлежащие оплате в контролирующих органах первой инстанции, всегда ниже, чем ставки сборов, выплачиваемых в связи с апелляцией или обращением в органы последней инстанции. Ставки сборов должны быть пропорциональными, что позволит уменьшить стимулы к подаче недобросовестных или необоснованных жалоб, но при этом не создаст факторов сдерживания от подачи обоснованных жалоб и не уменьшит доступность органа для малых и средних предприятий.

Вполне естественным будет предусмотреть в тексте закона перечень наиболее важных элементов, которые должны быть указаны в жалобе или приложены к ней. Но при этом требования относительно доказательств не должны быть чрезмерно строгими или даже невозможными для выполнения. Иногда субъекты хозяйствования могут не подать определенные документы/информацию или нарушить правила оформления некоторых бумаг. В этих случаях целесообразно давать таким субъектам возможность вносить необходимые исправления.

Что касается **соблюдения принципа эффективности**, меры правовой защиты должны носить достаточно обязательный характер (обладать формальной властью) для обеспечения соблюдения правил государственных закупок, а рассмотрение жалобы должно осуществляться как можно быстрее. Для достижения этой цели предпосылкой является наличие **работоспособного контролирующего органа**. Организация этого органа, его финансирование, укомплектование кадрами и полномочия на выполнение его обязанностей должны быть достаточными и отвечающими уровню его ответственности.

В законе или, по крайней мере, в подзаконных актах следует определить нормы, касающиеся процедурных требований и правил рассмотрения жалоб. Необходимо четко отрегулировать и другие вопросы, такие как порядок распределения дел между членами контролирующего органа – наверное, наилучшим подходом будет случайный порядок распределения дел там, где существует серьезная угроза коррупции, средства предотвращения конфликтов интересов, а также уровень квалификации, обязательный для членов такого органа (образование, опыт, знания и другие конкретные навыки). Важно обеспечить правовую определенность относительно того, каким составом будут приниматься решения: составом всех членов контролирующего органа или

⁵ См. Дело СЕС С-327/00, *Santex SpA v Unità Socio Sanitaria Locale n. 42 di Pavia*.

составом отдельных коллегий. В последнем варианте необходимо указать число членов каждой коллегии.

Для обеспечения быстроты производства следует принять процедурные правила, например, установив максимальные сроки принятия решений контролирующим органом.

Все вышеуказанные нормы не только способствуют созданию работоспособного контролирующего органа, но также отвечают интересам всех участников процесса: организаторов тендеров и хозяйствующих субъектов – поскольку они четко определяют содержание правил и то, чего следует ожидать в ходе рассмотрения жалобы.

Возможности контролирующего органа должны быть адекватными для обработки ожидаемого количества жалоб, а со временем их следует расширять в русле общего развития системы в целом. В частности, с точки зрения кадрового укомплектования, административные возможности органа будут отражены в количестве персонала, его составе и уровне образования.

Если ведомства испытывают постоянную нехватку кадров, их кадровые возможности не будут достаточными для эффективного выполнения своих задач. Количество членов контролирующего органа следует определять с учетом ряда важных факторов, таких как:

- Спектр задач, поставленных перед контролирующим органом, включая не только предоставленные полномочия, но и сферу действия самой системы обжалования⁶;
- Количество организаторов тендеров в стране;
- Культура обжалования, включая местный менталитет и склонность хозяйствующих субъектов к подаче жалоб на решения организаторов тендеров;
- Сроки, установленные законом для принятия решений по спорам;
- Число членов контролирующего органа, которые, согласно закону, должны рассматривать одно дело;
- Поддержка, которая может обеспечиваться членам контролирующего органа со стороны технического и административного персонала учреждения.

Образовательные профили лиц, работающих в контролирующем органе, также имеют важность, поскольку его члены должны не только обладать хорошими знаниями в области государственных закупок, но и уметь оценивать доказательства, а также оформлять обоснованные решения. Назначение определенных лиц для выполнения контролирующих функций в контексте реформирования системы закупок само по себе не обязательно означает, что

⁶ В большинстве государств-членов ЕС система контроля в равной степени полномочна в отношении контрактов на суммы как выше, так и ниже лимитов, установленных в Директивах по государственным закупкам 2004/17/ЕС и 2004/18/ЕС (более подробно см. *Public Procurement Review and Remedies Systems in the European Union* (SIGMA Paper No. 41, 2007).

такие лица компетентны эти функции выполнять. Создание (нового) контролирующего органа, как правило, будет требовать усилий по наращиванию потенциала, включающих в себя интенсивное обучение, особенно на начальных этапах работы учреждения, да и в дальнейшем – путем участия в программах непрерывного повышения квалификации.

Требуется решения и такой непростой вопрос как объем рассмотрения жалобы: будет ли контролирующий орган принимать во внимание только содержание жалобы и ограничиваться исключительно сутью иска, заявляемого субъектом хозяйствования, или ему следует проводить более широкое расследование, принимая во внимание весь объем тендерной документации для того, чтобы выявить возможные более серьезные нарушения.

ЕС не предъявляет требования по проведению расследований *ex officio* контролирующим органом. В законодательстве некоторых стран такие нормы предусмотрены, однако многие стремятся уйти от этого требования, поскольку на практике результаты его выполнения не всегда были положительными. Во многих случаях заявители перекладывали бремя расследования на контролирующий орган, что порождало длительные и дорогостоящие процедуры.

Большая помощь членам контролирующего органа будет оказана, если им будет предоставлен доступ к использованию внешних экспертных возможностей для анализа технических аспектов дела. В порядке общего правила, от экспертов требуется наличие специальных знаний в конкретной области, а их задачей будет оказание контролируемому органу непредвзятой помощи в особых вопросах, которые в своем большинстве носят технический или финансовый характер. Как заявитель, так и организатор тендера должны иметь возможность представлять выводы экспертов. Кроме того, контролирующий орган мог бы назначать и своего собственного эксперта, который должен быть объективным и независимым от сторон или от какого-либо иного влияния. Если предоставленный вывод кажется необоснованным, контролирующий орган может от него отказаться, назначить другого эксперта или согласиться с выводами экспертизы, проведенной сторонами.

В принципе, члены контролирующего органа не обязаны соглашаться с выводами экспертизы, но, тем не менее, эти выводы могут обладать существенным весом при принятии решений и игнорировать их необоснованно не следует.

Что касается **соблюдения принципов правовой определенности и прозрачности**, одной из наиболее важных целей контролирующего органа является гарантированное принятие последовательных решений, которые этим органом должны обнародоваться.

Первым условием является наличие четких и прозрачных процедур для того, чтобы гарантировать последовательное применение закона. Вторым – то, что каждая сторона должна иметь право быть информированной о ходе производства по жалобе для того, чтобы иметь возможность готовить свои аргументы. И, наконец, что не менее важно, стороны должны иметь право быть уведомленными о мотивах принятия решения контролирующим органом, включая аргументы, ставшие решающими в оценке доказательств, и правовые вопросы, которые были учтены как актуальные для решения.

Публикация решений контролирующего органа на его веб-сайте является эффективным инструментом поддержки усилий его членов по обеспечению единообразия решений учреждения в аналогичных делах и по предотвращению противоречивых решений в ходе толкования закона. Кроме того, она может

послужить ценным инструментом передачи контролирующим органом своего опыта другим заинтересованным сторонам системы. Организаторы тендеров и хозяйствующие субъекты значительно выиграют от этого прекрасного способа пропаганды решений по разным жалобам, принятых учреждением, а также его толкования разных проблем, с которыми сталкивается система закупок.

Для повышения эффективности механизма «передачи» и обеспечения быстрого поиска дел на основе конкретных критериев необходимо обеспечить простой доступ к соответствующим данным. Поэтому публикация решения в его исходной форме (например, файл PDF) не будет достаточной для обеспечения последовательного толкования и применения закона. Тем, кто работает в системе государственных закупок, будет трудно находить ответы на правовые вопросы, отраженные в таких решениях, не ознакомившись со всеми решениями.

Наилучшим вариантом будет создание **базы данных решений, включая инструменты поиска** конкретных правовых проблем как средства оказания помощи работникам системы государственных закупок в их повседневной работе, а также как инструмента, которым могут пользоваться члены контролирующего органа для обеспечения последовательности своих решений. Кроме того, контролирующему органу следует публиковать аналитические исследования наиболее типовых юридических проблем, которые возникают в ходе закупочных процедур, и давать советы относительно практического их разрешения (например, критерии квалификации участников, критерии присуждения контракта, использование технических спецификаций, аномально низкие тендерные предложения).

Дополнительная литература:

- [Public Procurement Review and Remedies Systems in the European Union](#), (SIGMA Paper No. 41, 2007);
- [Remedies](#) (SIGMA Public Procurement Brief 12, 2011).