

Ключевые знания и навыки судопроизводства

Пособие для членов трибуналов по пересмотру
проведения государственных закупок



Европейский банк
реконструкции и развития

Содержание

I	Предисловие	4
II	Сокращения	6
III	Определения	7

Глава 1 - Введение 9

1.1	Обзор	9
1.2	Оценка государственных закупок	9
1.3	Обеспечение соблюдения	10
1.4	Органы правовой защиты	11
1.5	Препятствия на пути действенных и эффективных процедур по пересмотру и правовой защите	11
1.6	Пособие	12
1.7	Структура	13

Глава 2 – Процессуальная справедливость и устные слушания 14

2.1	Обзор	14
2.2	Что такое процессуальная справедливость?	14
2.3	Какие права включает процессуальная справедливость?	14
2.4	Выводы	20

Глава 3 - Конфликты интересов 21

3.1	Обзор	21
3.2	Беспристрастность и конфликт интересов	21
3.3	Что такое конфликт интересов?	22
3.4	Что такое частный интерес?	23
3.5	Предубеждение и предопределенность	27
3.6	Решение конфликтов интересов	28
3.7	Австрийский пример	30
3.8	Судебная практика	30
3.9	Выводы	34

Глава 4 - Доказательства и процедура 36

4.1	Обзор	36
4.2	Следственная природа процедуры пересмотра	36
4.3	Роль и природа доказательств	36
4.4	Виды доказательств	36
4.5	Обоснованность доказательств	39
4.6	Получение доказательств	41
4.7	Разглашение доказательств	42
4.8	Вес и оценка доказательств	42
4.9	Допустимость доказательств	44
4.10	Бремя доказывания	44
4.11	Выводы	46

Глава 5 - Защита конфиденциальной информации 47

5.1	Обзор	47
5.2	Конфиденциальная информация и роль трибунала	47
5.3	Какая информация является конфиденциальной?	48
5.4	Примеры конфиденциальной информации	51
5.5	Информация, отнесенная к не конфиденциальной	52
5.6	Как относить информацию к конфиденциальной?	52
5.7	Доступ к конфиденциальной информации	53
5.8	Безопасность информации	54
5.9	Конфиденциальность в сфере государственных закупок в соответствии с законодательством ЕС	55
5.10	Примеры судебной практики	59
5.11	Выводы	64

Глава 6 - Подход к средствам правовой защиты 65

6.1	Обзор	65
6.2	Виды средств правовой защиты	65
6.3	Временные меры	66
6.4	Аннулирование	69
6.5	Период ожидания	73
6.6	Недействительность контракта	74
6.7	Возмещение ущерба	76
6.8	Выводы	77

Глава 7 - Право усмотрения 78

7.1	Обзор	78
7.2	Что такое право усмотрения?	78
7.3	Как применять право усмотрения?	78
7.4	Что следует учитывать при применении права усмотрения?	84
7.5	Право усмотрения в практических ситуациях	85
7.6	Выводы	90

Глава 8 - Составление решений 92

8.1	Обзор	92
8.2	Как подходить к составлению решений?	92
8.3	Какова должна быть структура решений?	93
8.4	Стиль и проверка	101
8.5	Выводы	105

I Предисловие

Создание благоприятной для инвестиций, прозрачной и предсказуемой нормативно-правовой базы в странах операций долгое время является одним из направлений деятельности Европейского банка реконструкции и развития (ЕБРР). ЕБРР направляет инвестиции на изменение жизни людей и социальной среды в более чем 30 странах мира, от Южного и Восточного Средиземноморья до Восточной Европы и до Центральной Азии. Стабильное и надежное правовое поле, включающее в себя эффективную систему разрешения споров, является одной из важнейших предпосылок для доверия инвесторов и создания справедливых экономических условий.

Осуществление правовой реформы, уникальная сфера деятельности ЕБРР, проводится в рамках специализированной Программы правовой реформы (ППР). ППР представляет собой команду юристов, занимающихся предоставлением рекомендаций по выработке политики, каждый из которых специализируется в определенной области права. Мероприятия ППР нацелены на разработку правовых норм, формирование правовых структур и культуры, что служит предпосылкой для динамично функционирующей, ориентированной на рынок экономики.

ППР занимается рядом вопросов, являющихся наиболее актуальными для инвестиционных операций Банка, в которых ЕБРР имеет практический опыт. Они включают такие направления, как повышение эффективности разрешения споров в судах и иных методов разрешения споров и улучшение системы государственных закупок в странах региона ЕБРР. Именно поэтому наращивание потенциала для эффективного разрешения вопросов по коммерческому праву, включая споры, связанные с государственными закупками, является одним из ключевых направлений деятельности ППР.

Государственные закупки представляют собой основной вид экономической деятельности правительств, и отсутствие прозрачной, эффективной и действенной системы регулирования государственных закупок – это проблема в особенности для стран с переходной экономикой. Чтобы решить эту проблему, ППР взяла на себя активную роль по развитию компетенции специалистов в данной сфере и содействию в использовании передового международного опыта в странах с переходной экономикой.

Необходимость разработки данного издания («Ключевые знания и навыки судопроизводства: Пособие для членов трибуналов по пересмотру проведения закупок») определяется потребностью в увеличении эффективности производств по пересмотру решений о государственных закупках в странах, где работает ЕБРР, и в особенности в увеличении компетенции государственных органов по пересмотру решений о государственных закупках. Идея пособия зародилась в 2010 году в результате проведенной ЕБРР региональной оценки законодательства о государственных закупках в 29 странах, где ЕБРР на то время проводил операции. Результаты этой оценки выявили многочисленные проблемы, связанные, в частности, с эффективностью и действенностью процедур пересмотра и правовой защиты. На основе проведенных оценок был сделан вывод о том, что, в то время как само по себе понятие специализированного органа по пересмотру решений в области государственных закупок не ново для стран региона ЕБРР, должностные лица и сотрудники таких органов не владеют соответствующим уровнем знаний и навыков, необходимых для деятельности административного трибунала. Таким образом, наращивание потенциала органов по пересмотру представляет собой один из наиболее эффективных способов улучшения качества государственных систем государственных закупок.

Основной целью настоящего пособия является обеспечение должностных лиц и сотрудников трибуналов по пересмотру решений в области государственных закупок советом, направлением и руководством в процессе принятия решений в делах по пересмотру проведения государственных закупок. Целевую аудиторию данного пособия составляют соответствующие

должностные лица / сотрудники / комиссионеры органов по пересмотру решений в области государственных закупок, организованных в виде административных трибуналов, обладающие существенным запасом знаний в области государственных закупок, но не прошедшие специальной судебной подготовки. Данное пособие концентрируется на процедурных аспектах жалоб по вопросам государственных закупок, инструментарии процесса, а также основных судебных навыках и знаниях, которые должны применяться членами трибуналов в повседневной работе. Пособие предоставляет общие советы, практические примеры и рекомендации, а также содержит конкретные примеры судебной практики с целью демонстрации ключевых моментов и полученного опыта. Кроме того, в пособии рассматриваются факты и доказательства, на которые должны обращать внимание члены трибуналов по пересмотру, а также описываются права и обязанности трибунала и участников разбирательства. Представляется, что пособие поможет официальным представителям трибуналов лучше понять принцип процедурной справедливости и иные основные принципы производств по пересмотру решений в области государственных закупок.

Пособие составлено на основе стандартов пересмотра решений о государственных закупках, закрепленных в Типовом законе УНСИТРАЛ о государственных закупках и Директиве ЕС о средствах юридической защиты, а также передового опыта квазисудебных и судебных органов различных стран, включая европейские, равно как и страны общего права, как например Австралия, Новая Зеландия, Канада и США. Хотя практика квазисудебных и судебных органов в странах общего права может показаться отличной от практики органов в странах романо-германского права, в силу различных правовых систем, тем не менее, базовые и основополагающие принципы административных процедур и навыки, которые должны применять должностные лица в процессе принятия решений, являются релевантными. Эти навыки, подходы к процессу принятия решений и принципы, применяемые в административных процедурах, в большинстве своем, являются общими для обеих правовых систем. Мы рекомендуем соответствующим официальным лицам изучить содержание настоящего пособия и применять подходы, процессы, методы и пояснения, предложенные в нем, при осуществлении производств по пересмотру решений о государственных закупках.

Настоящее пособие было подготовлено в рамках проектов технической помощи ППР по наращиванию потенциала, которые проводились для ЕБРР юридической фирмой White & Case, Братислава, Словакия, при сотрудничестве Федерального агентства по государственным закупкам Австрии и Национальной палаты апелляции Польши. Создание пособия было профинансировано Фондом технического сотрудничества ЕБРР Словацкой Республики.

II Сокращения

СЕ	Conformité Européenne [соответствие]
СOE	Совет Европы
ОСЗ	Окружной совет по здравоохранению
ЕБРР	Европейский банк реконструкции и развития
ЕК	Европейская комиссия
ЕКПЧ	Европейская конвенция о защите прав человека
СЕС	Суд Европейского союза / Европейский суд
ЕСОЮ	Европейский суд общей юрисдикции
ЕС	Европейский союз
СГЗ	Соглашение о государственных закупках
ППР	Программа правовой реформы
ОПР	Отдел правовой реформы
МО	Министерство обороны
ОЭСР	Организация экономического сотрудничества и развития
ЮВС	Регион Южного и Восточного Средиземноморья
США	Соединенные Штаты Америки



III Определения

Административный суд

Суды, учрежденные государством.

Орган

Орган сферы публичного права означает всякого, кто учрежден для конкретной цели удовлетворения общих потребностей, не промышленного или коммерческого характера; имеющего юридическую ответственность; и финансируемого, главным образом, государством, региональными или местными органами власти или другими органами, регулируемые нормами публичного права.

Коммерческая тайна

Включает техническую информацию и эксплуатационные данные, которые неизвестны общественности, способны принести экономические выгоды владельцу прав, имеют практическое применение, и по отношению к которым владелец предпринял меры, чтобы сохранить их в секрете.

Концессии

Контракты, где вознаграждением за работы или услуги, которые должны быть выполнены, является право на эксплуатацию данной работы или услуги, либо право на эксплуатацию вместе с определенным платежом.

Конфликт интересов - фактический

Конфликт между общественным долгом и частными интересами государственного должностного лица, при котором государственное должностное лицо имеет интересы частного порядка, которые могут неправомерным образом повлиять на выполнение им должностных обязанностей и обязательств.

Конфликт интересов - кажущийся

Имеет место, когда частные интересы государственного должностного лица могут неправомерным образом повлиять на выполнение его обязанностей, но на самом деле это не так.

Конфликт интересов - потенциальный

Имеет место, когда государственное должностное лицо имеет частные интересы, при которых может возникнуть конфликт интересов, если должностное лицо будет в дальнейшем принимать участие в соответствующих (т.е. конфликтующих) служебных обязанностях.

Закупающий орган

Означает государство, региональные или местные органы власти, органы, регулируемые нормами публичного права, ассоциации и другие организации, созданные одним или несколькими такими органами власти, регулируемые нормами публичного права.

Право усмотрения

Право действовать в ряде обстоятельств в определенных рамках и принципах на основе своего суждения и совести.

Электронные закупки

Использование информационных технологий (в особенности, интернета) государственнымикупающими организациями в регулировании своих отношений с поставщиками для приобретения работ, товаров и консультационных услуг, необходимых для государственного сектора.



Временные меры

Когда Суд получает заявление, он может постановить, что закупающая компания должна временно принять определенные меры, пока дело рассматривается.

Временное распоряжение

Распоряжение, выданное в ожидании дальнейших указаний.

Юридическая обоснованность

Качество предлагаемых доказательств, доказательная ценность которых перевешивает их преюдициальный эффект.

Логическая обоснованность

Взаимосвязь между предлагаемыми доказательствами и фактом, составляющим сущность спора, которая показывает, что данные доказательства делают проблему в той или иной степени общественной.

Процессуальная справедливость

Право стороны на судебное разбирательство и выставление аргументов в производствах по пересмотру.

Экономичность процесса

Деятельность, действия и операции, которые связаны с производством и продажей товаров и услуг, которые влияют на производство и развитие материальных благ, а также и на управление ими.

Государственные закупки

Процесс приобретения товаров, услуг и работ третьих сторон организациями государственного сектора.

Пересмотр по государственным закупкам

Процедуры, разработанные с целью гарантирования эффективных средств защиты, при рассмотрении жалоб в сфере государственных закупок.

Манипулирование государством

Усилия фирмы по формированию законов, политики, и норм права государства в своих интересах, путем предоставления незаконной личной выгоды государственным должностным лицам.

Трибунал

Орган вне иерархии судов с административными или судебными функциями.

Член трибунала

Член административного органа, ответственный за обработку жалоб по государственным закупкам и за применение средств правовой защиты.

Коммунальные предприятия

Коммунальное предприятие является объектом, который обеспечивает ежедневные потребности населения в целом. Коммунальные предприятия обеспечивают водой, электричеством, природным газом, услугами телефонной связи и другими необходимыми составляющими, и могут находиться в общественной или частной собственности.



Введение

1.1 Обзор

В течение ряда лет Отдел правовой реформы (ОПР) ЕБРР проводил деятельность по наращиванию потенциала участников для эффективного решения вопросов коммерческого права в странах операций ЕБРР. Банк продолжает данную деятельность посредством Программы правовой реформы (ППР). ППР взяла на себя активную роль в развитии накопленного потенциала, а также в продвижении использования новых методов и технических приемов правовой реформы для обмена передовым международным опытом и требованиями международных инвесторов в странах с переходной экономикой.

Одной из основных целей ОПР – целевого подразделения банка по вопросам реформы коммерческого права – является оказание помощи странам операций Банка в эффективном переходе к рыночной экономике. ППР, посредством своих инициатив, достигает этой цели путем улучшения конъюнктуры рынка в странах операций Банка. Одной из целей ППР является наращивание потенциала участников для эффективного решения вопросов коммерческого права. Обоснованием этой цели является то, что предсказуемое, прозрачное и эффективное разрешение торговых споров имеет решающее значение для укрепления демократии, развития рыночной экономики, создания благоприятного инвестиционного климата и содействия экономическому развитию и росту, что является руководящими принципами социального и экономического перехода.

Так как правовая база государственных закупок регулирует взаимодействие между покупателями государственного сектора и рынком, то правовая база государственных закупок также должна определять, как покупательская способность правительства реализуется среди предприятий частного и государственного сектора, а также предприятий третьего сектора. Поскольку государственные закупки являются основным видом экономической деятельности для всех правительств, регулирование государственных закупок является важным дополнением к законодательству о государственном финансировании, и важнейшим компонентом коммерческого права страны.



В некоторых случаях споры коммерческого характера не рассматриваются судами, а рассматриваются специализированными учреждениями. Так происходит, когда специализированные трибуналы по пересмотру или органы по пересмотру создаются для рассмотрения жалоб и принятия решений, относительно проведения государственных закупок.

Тем не менее, остается под вопросом эффективность и потенциал трибуналов по государственным закупкам и органов по пересмотру в странах с переходной экономикой, сомнения относительно их деятельности возникают у ряда наблюдателей. Данное пособие призвано стимулировать членов трибуналов по государственным закупкам и органов по пересмотру в странах с переходной экономикой к анализу эффективности рассмотрения жалоб, связанных с государственными закупками и оценке потенциала проведения и исполнения национальных процедур по пересмотру и правовой защите.

1.2 Оценка государственных закупок

В 2010 году Банк провел свою первую оценку сектора государственных закупок в странах его операций. После продления мандата Банка в 2012 году, ЕБРР завершил вторую оценку законодательства о государственных закупках в 4 странах его операций в регионе Южного и Восточного Средиземноморья. Результаты обеих оценок выявили многочисленные проблемы в области процессов проведения государственных закупок, и в частности процедур по пересмотру и правовой защиты.

Обе оценки проводились под руководством Отдела правовой реформы и представлены как часть глобальной программы правовой реформы. Кроме того, обе оценки были направлены на создание комплексного эталона сектора государственных закупок на основе обзора экстенсивности национального законодательства о государственных закупках («закон на бумаге»), в сочетании с исследованием эффективности локальной практики проведения государственных закупок («закон на практике»). В обзор «закона на бумаге» и исследование «закона на практике» была включена оценка эффективности правового регулирования процессов государственных закупок и действенности процедур по пересмотру и правовой защите.

Эта оценка была проведена для выявления элементов законодательства и существующей практики, снижающие эффективность государственных закупок, а также включала в себя правовой анализ типичных примеров по пересмотру и правовой защите в результате неправомерного поведения закупочного органа.

1.3 Обеспечение соблюдения

В сфере государственных закупок, правительство реализует свою покупательскую способность посредством своих поставщиков и подрядчиков. В странах с переходной экономикой правительство зачастую является крупнейшим покупателем на местном рынке. Соответственно, динамика власти в процессе осуществления государственных закупок, по сути своей, неравномерна. Для устранения этого дисбаланса, законы о государственных закупках должны быть достаточно простыми и легко соблюдаться. Следовательно, важно, чтобы надежно функционирующие процедуры пересмотра и правовой защиты являлись ключевым фактором эффективной системы государственных закупок, которая обеспечивает:

- Соотношение цены и качества для государственного заказа
- Соответствие требованиям закона в решении закупки товаров
- Доверие к принятию решений
- Неискаженный рынок

Правоприменение в сфере государственных закупок, как определено в «Основных принципах ЕБРР», имеет два основных параметра, а именно:

- Оценка соответствия правилам государственных закупок. Это включает просмотр, мониторинг и аудит работы системы на практике.
- Применение необходимых исправительных мер по исправлению положения.

Исторически правительства решали проблему правоприменения в области государственных закупок посредством общего фискального управления, включающим процедуры контроля и аудита. В случаях, когда серьезные ошибки в работе исполнителя по закупкам бюджетной организации были обнаружены, постфактум, посредством аудита, законодательство позволяет пострадавшему подрядчику представить требование о возмещении убытков в гражданский суд. Ранее не было процедур правоприменения, доступных для решения проблем, на стадии реализации закупок.

В последнее время правительство все более активно использует корректирующие меры перед подписанием государственных контрактов. Политики признают преимущества, которые могут быть получены в условиях честной конкуренции и при обеспечении соотношения «цены и качества». ОПР посредством ГПР поддерживает эти усилия и убежден, что наличие механизма правоприменения, включая надежные правозащитные меры, должно быть центральным элементом каждой системы государственных закупок.

1.4 Органы правовой защиты

Понятие средств правовой защиты относится к правовым мерам, которые могут устранить предполагаемые недостатки или нарушения в процессе государственных закупок, на стадии их реализации. Средства правовой защиты обеспечивают целостность государственных тендеров, которую необходимо сохранять, их следует отличать от компенсации. Компенсация имеет место там, где нарушение в процессе государственных закупок не устраняется, и при завершении тендерного процесса вознаграждение присуждается потерпевшей стороне, вместо устранения нарушения в процессе проведения тендера. В последнее время, компенсации рассматриваются скорее как средство последней инстанции, признание того, что система государственных закупок не работает правильно. С точки зрения поставщиков, такие средства часто рассматриваются как субоптимальные, так как присуждаемые суммы компенсации, как правило, достаточно скромны, по сравнению с суммами большинства государственных контрактов.

Таким образом, приветствуется система средств правовой защиты, которая предлагает возможность прекращения или приостановления процесса закупок, но такая система является дорогостоящей. Национальные регулирующие органы должны принимать это во внимание, так как любой пересмотр в сфере государственных закупок и принятие определенных мер по исправлению ситуации, может замедлить процесс закупок и, как следствие, повысить административную нагрузку. Иными словами, если обстоятельства, в которых доступны средства правовой защиты, рассматриваются слишком широко, «цена вопроса» может не стоить того. Незначительное нарушение правил государственных закупок, возможно, не заслуживают прерывания или отмены процесса проведения закупки. В таких случаях система пересмотра правовой защиты станет неэффективной, открытой для злоупотреблений и, как следствие, подвернется серьезной критике. И наоборот, если доступ к средствам по пересмотру и правовой защиты узко ограничен, и серьезное несоблюдение ведет лишь к возможной компенсации, доверие к такой системе средств правовой защиты будет под вопросом, и удовлетворенность пользователей будет снижаться. Следовательно, задачей для правительств является поиск баланса между созданием действенных средств правовой защиты и эффективности, полученной благодаря непрерывному процессу государственных закупок.

1.5 Препятствия на пути действенных и эффективных процедур по пересмотру и правовой защите

Хотя обе оценки показали поддержку фундаментальных требований по процедурам пересмотра и правовой защиты проведения государственных закупок в регионах ЕБРР и Южного и Восточного Средиземноморья, детальный анализ, выполненный ОПР, выявил несколько проблемных областей функционирования органов правовой защиты в обоих переходных регионах. Например, анализ показал, что качество, эффективность и действенность процедур пересмотра и правовой защиты является существенной проблемой во многих странах операций Банка. Кроме того, сомнительна беспристрастность некоторых органов правовой защиты в обоих регионах, и, как следствие, находится под вопросом. Еще одной проблемой, выявленной в обеих оценках, является то, что закупающие компании, в целом, находятся в более выгодных условиях при проведении трибуналов, чем поставщики частного сектора. Это очевидно при анализе процесса принятия решений, и, в частности, решений по пересмотру проведения государственных закупок.

На основе обеих оценок был сделан вывод о том, что члены трибуналов по пересмотру в области государственных закупок не владеют необходимым уровнем ключевых знаний и навыков судопроизводства для эффективного приведения трибуналов по пересмотру в области государственных закупок в соответствие с международными стандартами. Еще один полученный вывод – большинство должностных лиц недостаточно независимо и объективно оценивают споры между закупающими компаниями и поставщиками частного сектора. Кроме того, обе оценки также выявили доказательства прямого вмешательства «сверху» со стороны правительственных администраций. Это нездоровое вмешательство негативно отражается на правильном функционировании процесса принятия решений, который имеет решающее значение для справедливого выполнения своих обязанностей органами по пересмотру и правовой защите.

1.6 Пособие

Цель настоящего пособия обеспечить членов трибуналов по пересмотру в сфере государственных закупок общим руководством и ориентиром для принятия решений при ведении дел по пересмотру и вынесении окончательного вердикта. В пособии рассмотрены различные процессуальные этапы трибунала по пересмотру и средства судопроизводства, а также представлены ключевые определения и практика судопроизводства, которые судьи, комиссары и контролеры должны применять в своей повседневной работе.

В пособии приводятся общие советы, практические примеры и рекомендации, а также рассматриваются конкретные случаи судебной практики, которые могут помочь должностным лицам в более глубоком понимании основных принципов судопроизводства при пересмотре дел. Кроме того, пособие определяет факты и доказательства, на которые должностным лицам трибуналов по пересмотру следует обращать внимание, а также описывает права и обязанности трибунала и участников процесса.



Пособие составлено на основе передового опыта квазисудебных и судебных органов в разных странах, включая европейские страны, а также в странах общего права, в частности, Австралии, Новой Зеландии, Канаде и Соединенных Штатах Америки (США). Несмотря на то, что практика квазисудебных и судебных органов стран общего права может существенно отличаться от практики указанных органов в странах романно-германского права, в силу различий их правовых систем, базовые и основополагающие принципы административного процесса, а также навыки, которые должны применять лица, принимающие решения, являются релевантными. Такие навыки, подходы к процессу принятия решений и принципы, применяемые в административном процессе, в большинстве своем, являются общими для обеих правовых систем.

Судьи, комиссары и контролеры должны изучить пособие и применять подходы, процессы, методы и пояснения, предложенные в нем в ходе производств по пересмотру. Тем не менее, советы и рекомендации, изложенные в пособии, не являются единственно возможными решениями, поэтому судьи, комиссары и контролеры должны опираться на собственное мнение, знания, здравый смысл и опыт при принятии решений по делам трибунала.

1.7 Структура

В пособии представлено 8 глав.

Данная глава служит введением и подготавливает почву для дальнейшего рассмотрения.

Глава 2 рассматривает основные принципы процессуальной справедливости и проведения устных слушаний, а также описывает правила процессуальной справедливости и их применение в делах по пересмотру.

Глава 3 освещает вопросы, связанные с типами конфликтов интересов, которые могут возникать у членов трибунала, и предлагает способы и действия по их избежанию или урегулированию. Представлены несколько примеров судебной практики, которые обеспечивают практическое понимание решения вопросов, связанных с конфликтом интересов.

Главе 4 рассматривает виды доказательств, которые трибунал может использовать на практике, и описывает процедуры и методы получения доказательств. В том числе, в главе освещены бремя доказывания, оценка доказательств, допустимость доказательств и весомость доказательств.

Глава 5 анализирует защиту конфиденциальной информации и методы, используемые для определения информации как конфиденциальной и, в частности, показано применение теста на конфиденциальность. Рассматриваются типы конфиденциальной и не конфиденциальной информации, доступ и безопасность такой информации. В заключение несколько примеров судебной практики иллюстрируют применение теста на конфиденциальность для ряда практических сценариев проведения государственных закупок.

Глава 6 концентрируется на типах средств правовой защиты, которые доступны для членов трибуналов. Описываются назначения отдельных средств правовой защиты и ситуации, в которых конкретные средства правовой защиты применяются.

Глава 7 рассматривает ситуации, в которых члены трибунала могут применять право усмотрения. В ней также описаны факторы, которые необходимо учитывать, и основные шаги, которые необходимо предпринять, при применении права усмотрения.

Наконец, **глава 8** представляет несколько подходов к составлению решений. Рассматриваются структура решения, использование заголовков, стили написания и методы пересмотра проектов решений.



Процессуальная справедливость и устные слушания

2.1 Обзор

Применение процессуальной справедливости должно иметь первостепенное значение для всех членов трибунала при исполнении ими своих обязанностей. Принципы процессуальной справедливости обеспечивают всем сторонам в ходе производства по пересмотру реальную возможность убедить членов трибунала в своей позиции и обеспечить желаемый ими результат в отношении рассматриваемого вопроса. Таким образом, применение принципов процессуальной справедливости является основой, на которой все трибуналы по пересмотру в сфере государственных закупок должны базироваться при реализации своей деятельности. В этой главе идет речь о принципах процессуальной справедливости и их конкретном применении в ходе производств по пересмотру. Глава начинается с определения и рассмотрения процессуальной справедливости, перечисления и изучения основных категорий прав на процессуальную справедливость и, конечно же, проведение устных слушаний. Каждая из этих основных категорий прав рассматривается детально с приведением сценариев, чтобы закрепить понятие процессуальной справедливости в контексте производства по пересмотру в системе государственных закупок. В широком смысле, процедуры закупок имеют одну цель - заключение контракта. Процедуры по закупкам являются предконтрактными процессами, понимаемыми как «гражданские права и обязанности» в соответствии со статьей 6 «Европейской конвенции о защите прав человека» (ЕКПЧ).^{1,2} ЕКПЧ является частью правовой базы, имеющей дело со спорами относительно процедур закупок. ЕКПЧ, в общих чертах, рассматривается в этой главе применительно к понятию процессуальной справедливости и проведения устных слушаний, а также конкретных определений, относительно прав, предусмотренных процессуальной справедливостью.

2.2 Что такое процессуальная справедливость?

Процессуальную справедливость (или право на справедливое рассмотрение дела) можно определить, как право стороны процесса быть услышанной и заявлять свои аргументы в ходе производства по пересмотру. Принципы процессуальной справедливости в ходе производства по пересмотру должны гарантировать, чтобы и заявитель, и закупающий орган имели реальные и равные возможности влиять на трибунал.

Трибунал – это административный орган, к которому применяются обязательства по справедливому рассмотрению дела. В связи с тем, что трибунал принимает решение относительно прав и обязанностей сторон процесса пересмотра, важным является признание того, что члены трибунала выполняют квазисудебную роль, вследствие чего члены трибунала должны видеть в себе, прежде всего независимых лиц, принимающих решения, а не просто лиц, выполняющих официальные обязанности по пересмотру государственных закупок. Статья 6 ЕКПЧ требует от трибунала быть независимым, беспристрастным и законным. Это определяет соответствующую позицию трибунала и отношение к трибуналу и его членам.

2.3 Какие права включает процессуальная справедливость?

ЕКПЧ и соответствующее ей прецедентное право считаются основными стандартами процессуальных прав участников судебного разбирательства. Статья 6 ЕКПЧ предусматривает, что «Каждый имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона».³

1 Решение Европейского суда от 14 февраля 2008, *Vares (C-450/06, ECR 2008, стр. I-581)* параграф 44 ff.

2 Статья 2 параграфа 8 «Директивы средств правовой защиты», Статья 2 параграфа 9 «Директивы средств правовой защиты коммунальных предприятий» и Статья 56 параграфа 9 «Директивы защиты» предусматривают возможность судебного пересмотра или суда или трибунала, в значении статьи 267 ДФЕС, которая подразумевает, что предметом дела является гражданское право

3 На основании прецедентного права, относящегося к ЕКПЧ, административное производство подпадает под действие статьи 6.

Прецедентное право, относящееся к Статье 6 ЕКПЧ, определяет процессуальную справедливость, как совокупность следующих прав:

- Право на публичное слушание. Это включает в себя право на устное слушание, при условии отсутствия каких-либо исключительных обстоятельств.
- Право на судебное разбирательство в разумный срок.
- Право на судебное разбирательство независимым и беспристрастным судом.
- Право на справедливый суд. Это включает в себя: право на доступ к суду, право присутствовать на судебном разбирательстве, право на принцип равенства, право на состязательный процесс и право на мотивированное судебное решение.⁴

Следующие 11 подразделов по отдельности рассматривают эти права процессуальной справедливости.

2.3.1 Право на судебное разбирательство – устное слушание

Кроме того, что трибунал обязан соблюдать правило справедливости по отношению к заявителю, он также должен обеспечить адекватные возможности представлять свое дело в суде закупающему органу и другим лицам, которых может коснуться судебное решение, например, участнику тендера, который представил лучшее тендерное предложение. Это включает право давать, как устные, так и письменные показания на устном слушании.

В контексте осуществления государственных закупок, слушание состоит, как правило, из подачи заявителем письменных материалов трибуналу и закупающему органу. После получения жалобы, закупающий орган обязан предоставить трибуналу свои пояснения, обратившись к субъекту жалобы. Кроме того, закупающий орган должен представить материалы дела по процедуре закупки трибуналу. Письменное разбирательство предоставляет заявителю право получать и комментировать ответы закупающего органа на его жалобу в течение определенного периода времени. То же самое право распространяется на других участников процедуры. Например, участник тендера, назначенный на присуждение контракта, уже имеет позицию, защищенную правом.

Многие трибуналы по государственным закупкам не предоставляют заявителю право получать и комментировать заявление закупающего органа. Это происходит, главным образом, за счет экономичности процесса и значимости своевременности в процессе закупок. Однако, некоторые государства – например Австрия и Германия – предусматривают устные судебные заседания, что позволяет заявителю оспаривать все пояснения, предоставленные закупающим органом трибуналу. Проведение публичных слушаний в вышестоящей инстанции может смягчить отсутствие публичных слушаний перед трибуналом. Устные слушания предоставляют больше возможностей обоим участникам процесса обратиться к позиции другой стороны. В соответствии со статьей 6 ЕКПЧ, устные слушания являются обязательными, при отсутствии исключительных обстоятельств. К этим исключительным обстоятельствам относятся:

- Трибунал принимает решение в первой и последней инстанции. Трибунал принимает решение только по правовым вопросам без каких-либо сложностей, или по техническим вопросам без каких-либо сложностей.
- Во второй инстанции может быть опущено устное слушание. Устное слушание может быть опущено, если факты ясны, и устное слушание уже имело место в первой инстанции.
- Стороны не требуют устного слушания, будучи полностью осведомленными о своих правах.
- Трибунал отказывает в принятии заявления, потому что оно не соответствует формальным требованиям, которые нельзя исправить. Например, заявление было подано поздно.
- Решение является процедурным. Например, дело требует назначения эксперта.

Устное слушание должно быть открытым для общественности. Публичное слушание является важным элементом права на справедливое судебное разбирательство. Общественность может не допускаться на слушание только из соображений морали, общественного порядка или национальной безопасности, если это требуется в интересах несовершеннолетних или

4 Решение Европейского суда от 14 февраля 2008, Vares (C-450/06, ECR 2008, стр. I-581) параграф 44 ff.

для защиты личной жизни сторон, по их требованию, или же в случаях, когда, по мнению суда, это необходимо, при наличии исключительных обстоятельств, где публичность нарушала бы интересы правосудия.

2.3.2 Право на доступ к информации

Каждая сторона имеет право быть проинформированной относительно запланированного разбирательства и самого развития процесса, чтобы иметь возможность адекватно подготовить свои аргументы или получить доступ к документам, чтобы ознакомиться с пояснениями другой стороны. Для подготовки к устному слушанию стороны могут копировать части материалов по делу, или же трибунал предоставляет сторонам части материалов дела по закупкам. Трибунал может не приглашать стороны для просмотра материалов дела. Стороны должны иметь право ознакомиться с материалами дела заблаговременно, до начала устного слушания, что даст время и возможность подготовиться к устному слушанию.

Истцу должно быть разрешено комментировать и давать пояснения по заявлениям закупающего органа, которые могут включать новую информацию или доказательства. Это же самое право должно применяться ко всем сторонам процедуры пересмотра для того, чтобы каждая из сторон могла эффективно защищать свои права. Уважение права на доступ к информации будет соблюдено, если трибунал:

- Проводит устное слушание в присутствии всех сторон, которые заинтересованы в исходе пересмотра
- Проводит устное слушание, как минимум, в присутствии заявителя и закупающего органа
- Предоставляет обеим сторонам доступ к материалам дела, находящегося в производстве по пересмотру

В случае проведения устного слушания, заявитель и закупающий орган имеют равные права присутствовать на всех заседаниях для того, чтобы отвечать на все доказательства и доводы, приведенные другой стороной. Трибунал может закончить процедуру пересмотра после устного слушания, если его результат(-ы) предполагают, что больше не будет никаких новых доводов или доказательств.

2.3.3 Право быть представленным

Заявитель и закупающий орган имеют право сами представлять свое дело в ходе производства о пересмотре, или чтобы их дело представлял адвокат или иной представитель, на их усмотрение. Однако, определение, кто имеет право быть представителем, является предметом национального законодательства. Трибунал может не ограничивать право сторон быть представленными, за исключением случаев, предусмотренных законодательством. Обязанность выступать с законным представителем, вероятно, ограничивает, но может быть оправдана в сложных делах. В целом, процессы по государственным закупкам обычно имеют дело с большими суммами денег и ресурсами и часто требуют решения сложных правовых вопросов. Таким образом, вполне возможно, что потребуются представление дела консультантами по правовым вопросам.

2.3.4 Право представлять и оспаривать доказательства

Целью права представлять доказательства является установление фактов. Только после установления всех фактов можно определить, как применять к ним закон. Следствием права представлять доказательства, является обязанность трибунала иметь соответствующий механизм, который может использовать участник процесса для того, чтобы требовать от других лиц, обладающих необходимой информацией, представить ее стороне или трибуналу.⁵ Это отражает принцип, согласно которому сторона, которая «владеет» доказательствами обязана представить их трибуналу и при необходимости подтвердить факты по делу.

5 A Manual for Ontario Adjudicators, Society for Ontario Adjudicators and Regulators, 2000, p. 46.

Стороны имеют право представлять любые доказательства, которые могут доказать их версию, по делу в производстве по пересмотру. Трибунал обязан должным образом оценивать доказательства, представленные сторонами, и решать, могут ли они помочь в установлении основных фактов, или необходимо представить дополнительные доказательства.

Каждая сторона имеет право оспаривать доказательства, предоставленные другой стороной, и таким образом, реагировать на доказательства, которые являются невыгодными для ее жалобы. В ходе производства по пересмотру закупающему органу предоставляется жалоба, в связи с чем, у него есть обоснованное понимание доводов заявителя, и он может соответствующим образом оспаривать позицию истца. С другой стороны, заявителю предоставляется только тендерная документация или решение закупающего органа, которое служит основой его жалобы. Тем не менее, в то время как закупающий орган может представлять новые доводы в ответ на жалобу, заявитель лишен своего полного права оспаривать доказательства закупающего органа, если только он не имеет права отвечать на эти доводы и требовать представления всех доказательств. Законы о государственных закупках некоторых государств-членов ЕС ограничивают право заявителя оспаривать ответ закупающего органа. Такое ограничение может противоречить статье 6 ЕКПЧ.

2.3.5 Право на мотивированное судебное решение

Все стороны имеют право на получение информации о причинах принятия трибуналом решения. Для обозначения причин требуется подведение итогов расследования, доводов, определяющих оценку доказательств, и соображений относительно правовых вопросов, которые имели значение для принятия решения.

Таким образом, трибунал должен основывать свое решение исключительно на фактах, которые были подтверждены доказательствами, представленными сторонами, или затребованными трибуналом, или имеющимися в открытом доступе. Например, применимые нормативно-правовые акты, технические нормы, рыночные практики, информация, доступная в электронном виде в интернете, основная информация о конкретной отрасли промышленности и т.д. Применимое законодательство должно быть указано недвусмысленно, и факты должны быть отнесены к правовым положениям для обоснования, вынесенного правового заключения. Стороны должны иметь возможность понять, на каком основании суд принял соответствующее решение. Правовая литература приводит к выводу о том, что хорошо мотивированное решение сводит к минимуму риск того, что решение будет оспорено позднее в суде высшей инстанции.

2.3.6 Право на применяемое законодательство

Члены трибунала должны соблюдать действующее законодательство и применять его при рассмотрении любого дела. Это основная обязанность членов трибунала. Трибунал должен применять закон, в соответствии с основными принципами государственных закупок, которые включают в себя:

- Равное отношение к участникам тендера
- Отсутствие дискриминации по отношению к участникам тендера
- Прозрачность процедуры закупок
- Эффективность и экономия осуществления закупок

Кроме того, процедуры пересмотра должны быть быстрыми, эффективными и адекватными. Трибунал также должен принимать во внимание общий принцип проведения закупок, который направлен на правильный баланс «цены и качества», наиболее выгодным образом для общественного кошелька, а также на поддержание открытой и эффективной конкуренции, подотчетности и надлежащей правовой процедуры.

Однако, трибунал не может начать процедуру пересмотра, если не был уплачен требуемый сбор, или поданные документы являются неполными, или иной технический недостаток жалобы не позволяет трибуналу это сделать. Передовой опыт некоторых государств предоставляет заявителю право быть проинформированным трибуналом о подобных недостатках, и возможность исправить эти недостатки в течение конкретного периода времени.⁶ В виду того, что время на предоставление иска ограничено, не все недостатки могут быть устранены. Заявители должны быть обеспечены правом на решение во всех случаях, как по существу дела, так и по формальным вопросам.

Если трибунал объявляет иск неприемлемым в силу несоблюдения формальных требований, трибунал должен предъявить свое решение заявителю и предоставить ему право подать в суд апелляцию на такое решение. В то же время трибунал должен предоставить решение закупающему органу и всем другим сторонам пересмотра для того, чтобы продолжить процедуру заключения контракта.

Другие правила применяются, если иск не соответствует основным правовым требованиям. Например, если жалоба была подана по истечении отчетного периода, или заявитель не имел право подать жалобу. В таких случаях суд имеет право отклонить жалобу как неприемлемую.

2.3.7 Право на равное отношение

Статья 14 ЕКПЧ предусматривает равное отношение к обеим сторонам. Европейский суд по правам человека предоставляет сторонам защиту от дискриминации в тех случаях, когда государства по-разному относятся к людям в аналогичных ситуациях без объективного и справедливого обоснования. Тем не менее, право на отсутствие дискриминации, предусмотренное Статьей 14 ЕКПЧ, при осуществлении прав, гарантированных ЕКПЧ, также нарушается, когда государства без объективного и справедливого обоснования не относятся по-разному к людям, чьи ситуации значительно отличаются.⁷

При этом трибунал должен не только равным образом относиться к людям в тех случаях, когда сущность аргументации по делу похожа, или для того, чтобы предоставить обеим сторонам процесса пересмотра равные права, но и различать людей, ситуации которых значительным образом отличаются, при принятии решения по существу жалобы или применении процессуальных правил к сторонам одного процесса.

Пример

Два участника тендера оспаривают одно и то же решение закупающего органа по одной процедуре закупок независимо друг от друга. Трибуналу необходимо оценить ситуацию каждого истца отдельно, на основании применимых доказательств и позиции истца. Так происходит потому, что первый истец, возможно, уже подал соответствующую жалобу и имеет все шансы выиграть данное дело. В то время как второй истец, очевидно, даже не подал тендерное предложение. Таким образом, эти дела должны быть оценены по-разному.

2.3.8 Право на судебное разбирательство независимым/беспристрастным органом по пересмотру

Каждая сторона имеет право на судебное разбирательство независимым и беспристрастным трибуналом, которым может быть суд. Суды считаются независимыми и беспристрастными. Если орган по пересмотру в сфере государственных закупок это не суд, то он должен соответствовать всем требованиям независимости и беспристрастности. Трибунал считается независимым, если нет другой организации, которая может решить судебное дело, и члены трибунала сами принимают решение по делу, в соответствии с их собственным мнением. Однако, трибунал не является беспристрастным, если его члены имеют личную заинтересованность в рассматриваемом деле или имеют предпочтения по отношению к одной из сторон. В таких случаях в

⁶ Например Австрия.

⁷ Дело Европейского суда по правам человека – *Thlimmenos v. Greece*, Judgment of 6 April 2000, para. 44.

организационном уставе трибунала должно быть предусмотрено, что заинтересованное лицо (лица) не должно(ы) участвовать в процедуре и принятии решения. Трибунал должен соответствовать тесту ЕКПЧ на независимость трибунала, а суд принимает во внимание следующее:

- Порядок назначения его членов
- Длительность пребывания их на должности
- Наличие гарантий против внешнего давления
- Создает ли орган впечатление независимого⁸?

Трибунал не является независимым, если правительство является стороной разбирательства, и представитель правительства является вышестоящим руководителем докладчика в суде.⁹ Назначение самой администрацией не нарушает Статью 6 ЕКПЧ.¹⁰ Однако, Статья 6 ЕКПЧ нарушается, если назначение имеет целью повлиять на итоги разбирательства.¹¹

Члены трибунала должны назначаться на определенный срок или пожизненно. Если члены назначаются сроком на шесть лет, то они рассматриваются как достаточно независимые.¹² Решения трибунала должны быть обязательными, и могут быть изменены или отменены судебными органами.¹³ Руководящие пособия приемлемы при условии, что они не являются инструкциями о решении определенных судебных дел.¹⁴

2.3.9 Право на трибунал, учрежденный законом

Стороны имеют право на доступ к трибуналу, который был учрежден законом. Таким образом, специальный суд или арбитражный суд, где члены назначаются по соглашению сторон, не соответствует Статье 6 ЕКПЧ. Учреждение законом включает в себя, как учреждение само по себе, так и назначение членов трибунала, состав органов, принимающих решения [палат или сенатов], и предписание судебных дел. Стороны могут заранее определять, какой трибунал, и, если применимо, какой орган будет решать их судебное дело.

2.3.10 Решение в течение разумного срока

Статья 6 ЕКПЧ требует от трибунала вынести решение в течение разумного срока. Целью является положить конец неопределенности, поскольку быстрое решение служит правовой определенности. Заявитель и закупающий орган заинтересованы в том, чтобы трибунал рассмотрел их дело в течение такого периода времени, что еще будет иметь смысл продолжать процедуру закупок. Специфика процедур закупок требует быстрых и эффективных процедур по пересмотру, так как приостановка процедуры пересмотра на слишком долгий период делает ее устаревшей. Это происходит потому, что бюджеты и цены не могут находиться слишком долго на одном уровне, поскольку становятся устаревшими и неточными. Таким образом, одним из принципов «Директивы ЕС о средствах правовой защиты» является и то, что государства-члены должны принять необходимые меры для проведения процедур по пересмотру в кратчайшие сроки.¹⁵

8 *The Right to a Fair Trial; A Guide to the Implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, in Nuala Mole, Catharina Harby, *Human Rights Handbook* No. 3, 2006, стр. 30.

9 *Дело Европейского суда по правам человека – Sramek v. Austria*, Judgment of 22 October 1984.

10 *Дело Европейского суда по правам человека – Campbell and Fell v. the United Kingdom*, Judgment of 28 June 1984, para. 79.

11 *Commission – Zand v. Austria*, Decision of 16 May 1977, 15 DR 70, para. 77.

12 *Дело Европейского суда по правам человека – Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium*, Judgment of 23 June 1981

13 *Commission – Van de Hurk v. the Netherlands*, judgement of 8 April 1994, and *Findlay v. the United Kingdom*, judgement of 25 February 1997, para. 77.

14 *Commission – Campbell and Fell v. the United Kingdom*, 28 June 1984, para. 79; *Sovtransavto Holdings v. Ukraine*, judgement of 25 July 2002.

15 См, например, решения Европейского Суда от 12 Февраля 2004, *Grossmann Air* (C-230/02, ECR 2004, стр. I-1829) параграф 36

2.3.11 Публичное оглашение приговора

Статья 6 ЕКПЧ гласит, что суд должен произносить свои приговоры публично. Это не обязательно означает, что решение должно быть зачитано в суде. Считается достаточным, если приговор становится доступным для общественности посредством других методов. Например, путем предоставления приговора в канцелярию суда или посредством опубликования решения суда в интернете.¹⁶ Все приговоры должны быть опубликованы для замены публичных чтений в суде.¹⁷

2.4 Выводы

В этой главе основное внимание было сосредоточено на том, чтобы представить членам трибуналов по пересмотру в сфере закупок принципы процессуальной справедливости, и рассмотреть их конкретное применение к процедурам по пересмотру в сфере закупок. Стоит отметить, что принципы процессуальной справедливости обеспечивают то, что и истец и закупающий орган имеют реальную возможность убедить членов трибунала в ходе (устных) слушаний в своей правоте, а также позволяют защищать свою позицию. Статья 6 ЕКПЧ – в дополнение к требованию о независимости, беспристрастности трибунала и законном его учреждении – направлена на обеспечение каждого правом на справедливое и публичное слушание в пределах разумного периода времени и процессуальную справедливость в самом широком смысле.

Прецедентное право, лежащее в основе Статьи 6 ЕКПЧ, апеллирует к тому, что процессуальная справедливость, в контексте трибуналов по пересмотру в сфере государственных закупок, представляет собой сочетание ряда прав. Эти права включают в себя: право на публичное (устное) судебное разбирательство; право на доступ к информации по запланированным слушаниям; право на судебное (другое) представительство; право представлять и оспаривать доказательства с целью установления фактов по делу; право на получение информации о причинах вынесения решения трибуналом; право членов трибунала применять действующее законодательство при рассмотрении любого дела; право на равенство сторон, предусмотренное Статьей 14 ЕКПЧ; право на судебное разбирательство независимым/беспристрастным трибуналом по пересмотру, который может быть судом; право на доступ к трибуналам, учрежденных законом; право на то, что трибунал принимает решение в пределах разумного периода времени; и, право на то, что трибунал оглашает свои приговоры публично.

Перейдя от открытой темы процессуальной справедливости, получив представление о правах и обязанностях всех сторон в производствах по пересмотру, ключевой вопрос для членов трибуналов по пересмотру – это конфликт интересов – предмет следующей главы.



¹⁶ Австрия, например, публикует в интернете все решения органов по пересмотру (www.bva.gv.at; ris.bka.gv.at/Verg/).

¹⁷ Дело Европейского суда по правам человека *Werner v. Austria*, Judgement of 24 November 1997; Дело европейского суда по правам человека *Szucs v. Austria*, judgement of 24 November 1997; Дело Европейского суда по правам человека *Campbell and Fell v. The United Kingdom*, judgement of 28 June 1984.

Конфликты интересов

3.1 Обзор

Предыдущая глава явилась отправной точкой для формирования трибуналов по пересмотру, в ней подчеркивалась необходимость членов трибуналов по пересмотру закупок быть независимыми лицами, принимающими решения, а также рассматривались воздействия, которые могут повлиять на их способность принимать беспристрастные решения. Основным требованием административной юстиции является требование к членам трибунала быть беспристрастными, не находиться под влиянием со стороны или подвергаться неоправданным сомнениям в процессе принятия решений. С учетом этого требования, фундаментальный принцип справедливости требует беспристрастности от лиц, принимающих решения, которая обеспечивает вердикты, основанные на объективных критериях и свободные от влияния внутренних и внешних конфликтов. Следующий раздел стремится осветить ряд вопросов, касающихся конфликта интересов. Широко представлены и глубоко разъяснены несколько категорий конфликта интересов, также глава описывает методы по выявлению и раскрытию конфликта интересов. Для членов трибунала предлагаются действия, которые должны быть предприняты, в случае необходимости, для предотвращения или смягчения выявленного конфликта интересов. Представлены несколько подробных примеров судебных разбирательств, для практического понимания текущей ситуации по рассмотрению вопросов, связанных с конфликтом интересов. В главе подчеркивается важность принципа беспристрастности, и затем определяется понятие конфликта интересов в контексте государственных закупок.

3.2 Беспристрастность и конфликт интересов

Ключевым требованием административной юстиции является беспристрастность лиц, принимающих решения. Беспристрастность – это такой принцип правосудия, при котором решение должно быть основано на объективных критериях, а не предвзятости, предубеждении, или предпочтительном отношении к одному человеку по незаконным причинам.¹⁸ Беспристрастность – это основополагающий принцип всех судебных, квазисудебных и административных органов, и обязанность быть беспристрастным можно найти во многих кодексах этики должностных лиц и судей разных стран мира.¹⁹ Для достижения качества трибунала, в соответствии с требованиями статьи 6 ЕКПЧ, беспристрастность членов трибунала является одним из основных требований.

Конфликт интересов²⁰ может иметь место, когда есть предрасположенность не относиться к делу беспристрастно, и есть реальная угроза того, что член трибунала может несправедливо отнестись с чрезмерной благосклонностью (или неприязнью) к делу стороны, которая является субъектом процесса пересмотра. В целом, члены трибунала имеют ряд профессиональных ролей и личных интересов. Иногда невозможно избежать конфликта интересов, и злоупотребление может произойти без наличия виновных. Потому, как предлагается в руководстве ОЭСР, необходимо установить четкую политику по отношению к конфликтам интересов и подход, который будет учитывать следующие аспекты:

¹⁸ <http://en.wikipedia.org/wiki/Impartiality>.

¹⁹ Смотрите, например, «Руководство по повышению независимости и беспристрастности судей», подготовленное USAID в январе 2002 года, http://www.usaid.gov/our_work/democracy_and_governance/publications/pdfs/rpinst007.pdf, также смотрите «Модельный кодекс поведения должностных лиц», Рекомендация № R (2000)10, принятый Комитетом министров Совета Европы и доступный на [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Rec\(2000\)10_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Rec(2000)10_EN.pdf). Кодекс этики стран ОЭСР можно найти на веб-странице ОЭСР http://www.oecd.org/document/12/0,3343,en_2649_34135_35532108_1_1_1_37447,00.html. Другие источники кодекса поведения стран Центральной и Восточной Европы можно найти в работе доктора философии Йоланты Паладаускайте [Jolanta Paladouskaite], «Кодекс поведения должностных лиц в странах Восточной и Центральной Европы, сравнительная перспектива или Европейские принципы государственного управления», документы СИГМА (Программа содействия совершенствованию государственного управления в странах Центральной и Восточной Европы) № 27 [Codes of Conduct for Public Servants in Eastern and Central European Countries, Comparative Perspective, or European principles for public administration/SIGMA papers Nr. 27] доступные на <http://www.oecd.org/dataoecd/26/30/36972467.pdf>.

²⁰ В рамках настоящего пособия мы используем термин «конфликт интересов», под которым также имеется в виду предвзятость. «Предвзятость» – это обобщенное название некоторых видов конфликта интересов, особенно тех ситуаций, где присутствует предопределение.

- Определение общих характерных признаков наличия конфликта интересов
- Определение специфических случаев неприемлемых ситуаций конфликта интересов
- Лидирующая роль и обеспечение внедрения процедур по предупреждению конфликта интересов
- Осведомленность, помогающая соблюдению и выявлению сфер повышенного риска с целью его снижения
- Выявление конфликта интересов в момент его возникновения
- Сотрудничество с другими участниками процесса
- Идентификация мер необходимых для избежания любых последствий конфликта интересов и соблюдения их обязательств²¹

3.3 Что такое конфликт интересов?

Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), в «Руководстве по разрешению конфликтов интересов на государственной службе» (2005 год), определяет конфликт интересов как *«конфликт между общественно-правовыми обязанностями и частными интересами государственного должностного лица, при котором его частные интересы (вытекающие из положения государственного должностного лица как частного лица) способны неправомерным образом повлиять на выполнение им своих должностных обязанностей и обязательств»*.²²

Таким образом, под конфликтом интересов следует понимать не только те ситуации, когда действительно имеет место факт неприемлемого конфликта между интересами государственного должностного лица, как частного гражданина, и его/ее обязанностями, как государственного должностного лица, но также и те случаи, когда имеется кажущийся или потенциальный конфликт интересов. Отличительным признаком является: повлияли ли последствия конфликта интересов на выполнение обязанностей или же они только могли повлиять, или в действительности последствий не было, нет, и не могло быть. Можно выделить несколько различных типов конфликтов интересов.

- **Фактический конфликт интересов** – ситуация, когда частные интересы члена трибунала влияют, повлияли или могут неправомерным образом повлиять на выполнение им/ею своих обязанностей и обязательств как члена трибунала.
- **Кажущийся конфликт интересов** - ситуация, когда возникает мнение о том, что частные интересы члена трибунала предположительно или по форме влияют, повлияли или могут неправомерным образом повлиять на выполнение им/ею своих обязанностей и обязательств, как члена трибунала, но в реальности последствий не было, нет, и не может быть.
- **Потенциальный конфликт интересов** - ситуация, когда частные интересы члена трибунала могут в будущем вызвать фактический или кажущийся конфликт интересов, если этому должностному лицу предстоит выполнять соответствующие официальные обязанности или обязательства в будущем.

«Руководство ОЭСР» также проводит различие между фактическим, кажущимся и потенциальным конфликтом интересов и определяет, что *«о кажущемся конфликте можно говорить тогда, когда становится известно, что частные интересы государственного должностного лица могут неправомерным образом повлиять на выполнение им своих обязанностей, но в реальности этого не происходит. Потенциальный конфликт интересов возникает в тех случаях, когда государственное должностное лицо имеет такие частные интересы, которые могут привести к конфликту интересов, если этому должностному лицу предстоит выполнять соответствующие (т.е. конфликтующие с личными интересами) официальные обязанности в будущем.»*²³

21 ОЭСР Recommendation on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service (2003), стр. 4 доступный на <http://www.oecd.org/dataoecd/17/23/33967052.pdf>, p. 6, or www.oecd.org/gov/ethics/conflictinterest.

22 См. ОЭСР Recommendation on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service (2003), стр. 4. См. также OECD/SIGMA Conflict of Interest Policies and Practices in Nine EU Member States: A comparative Review (2005), документы СИТМА № 36 доступны на [http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=gov/sigma\(2006\)1/REV1&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=gov/sigma(2006)1/REV1&doclanguage=en) and <http://dx.doi.org/10.1787/5kml60r7g5zq-en>.

23 ОЭСР Recommendation on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service (2003), стр. 4

При этом различаются еще казуальные конфликты интересов и продолжающиеся конфликты интересов. «Комплект методических материалов ОЭСР по управлению конфликтами интересов» (далее «Комплект ОЭСР») предлагает несколько способов определения фактических, кажущихся и потенциальных конфликтов интересов.²⁴

3.3.1 Фактический конфликт интересов

Фактический конфликт интересов возникает в тех случаях, когда член трибунала имеет частные интересы такого качества (например, благодаря отношениям с одной из сторон процесса) или в таком количестве (например, прибыль, которую может получить член трибунала), что появляются разумные основания полагать, что частные интересы способны неправомерным образом повлиять на принятие решения таким членом трибунала. Фактические конфликты интересов – недопустимы, поэтому их следует избегать. Иначе решение, принятое при наличии конфликта частных интересов члена трибунала, можно оспорить в суде.

3.3.2 Кажущийся конфликт интересов

Согласно Комплекту ОЭСР, кажущийся конфликт интересов может обладать такой же опасностью, как и фактический конфликт интересов, в связи с чем, к нему нужно относиться так же, как и к фактическому конфликту интересов, пока не прояснятся все сомнения, относительно рассматриваемых личных интересов.²⁵

3.3.3 Потенциальный конфликт интересов

Согласно определению потенциального конфликта интересов частный интерес члена трибунала существует, но в связи с тем, что он/она не привлечены к процессу принятия решения, такой конфликт интересов не является проблемой. Он станет проблемой, если изменится роль члена трибунала, и он/она будут привлечены к процессу принятия решения.

3.4 Что такое частный интерес?

Основным термином, определяющим конфликт интересов, является термин «частные интересы». В данном контексте «интерес» означает что-либо, что может оказать влияние на лицо или группу лиц. Термин «частные интересы» не ограничивается собственными личными, профессиональными или коммерческими интересами члена трибунала, но также включает личные, профессиональные или коммерческие интересы отдельных лиц или групп лиц, которые с ним тесно связаны. К ним можно отнести родственников, друзей и даже противников и врагов.²⁶ Эти интересы могут согласовываться, содержаться, быть основанными или происходить от следующего:

- Права и обязательства собственности любой природы
- Любые иные гражданско-правовые отношения
- Подарки, обещания, покровительство, предпочтительное отношение
- Переговоры о будущем приеме на работу должностным лицом в ходе выполнения его/ее функций
- Переговоры о любой другой форме отношений, в которых присутствуют частные интересы должностного лица, после освобождения занимаемой им/ей должности
- Занятие частной деятельностью с целью получения прибыли или любым видом деятельности, которая приносит прибыль, а также привлечение к деятельности коммерческих и некоммерческих организаций, консорциумов или профессиональных, политических или государственных объединений и любых других организаций
- Взаимоотношения

24 ОЭСР Recommendation on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service Toolkit (2005), сmp. 23-25

25 ОЭСР Recommendation on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service Toolkit (2005), сmp. 23-25

26 In whose interests? Preventing and managing conflicts of interest in the APS, Australian Public Service Commission, 2009, сmp. 2 Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission..

- в семье или между отдельными лицами, живущими вместе
- в сообществе
- этнические
- религиозные
- признанные дружественные или враждебные [отношения]
- Предыдущая занятость, в связи с которой интересы, приведенные в вышеизложенных пунктах настоящей статьи, возникли или могут возникнуть

Вышеизложенное определение частных интересов определяет, что следует подразумевать под конфликтом интересов. При этом оно точно соответствует рекомендации, изложенной в «Руководстве ОЭСР».²⁷

3.4.1 Типы частного интереса

Частные интересы можно разделить на четыре²⁸ категории.

1. Личные интересы включают семейные отношения с заявителем или представителем закупающего органа, причастного к рассматриваемой закупке. Все типы частного интереса относятся к членам трибунала, если их родственник или близкий друг имеет один из приведенных частных интересов или если решение трибунала может лично повлиять на такого родственника/близкого друга.

2. Политические интересы включают наличие другой государственной должности, что также распространяется на родственников или близких друзей, если члену трибунала не разрешается занимать другую государственную должность. Наличие или демонстрация устойчивых политических или личных взглядов, которые могут указывать на предвзятость или предопределение в пользу или против конкретного лица или вопроса.

3. Финансовые интересы включают: быть сотрудником, советником, директором или партнером другого предприятия или организации, иметь профессиональные или правовые обязательства перед заявителем или закупающим органом, владеть активами, на которые прямо либо опосредованно может оказать влияние принятое решение, например, владение земельным участком, акциями компании или иными инвестициями, иметь обещание будущего трудоустройства или получение подарка, гостеприимства или иных преимуществ от истца или закупающего органа или от кого-либо связанного с истцом или закупающим органом.

4. Социальные интересы включают: быть членом клуба, общества или ассоциации, быть членом конкретной религиозной или этнической группы, принимать решение по делу, связанному с городом/деревней, в которой проживает член трибунала.

3.4.1.1 Личные интересы

Одним из самых проблемных вопросов является определение того, что следует понимать под личными отношениями, которые необходимо учитывать при принятии решения о наличии конфликта интересов. Личные отношения могут включать в себя следующее.

Члены семьи. Если вынесенный вердикт по делу повлияет на ближайших родственников (супруга(и) или материально зависимых детей), члена трибунала, принимающего решение, такая ситуация определенно является конфликтом интересов для члена трибунала, в связи с чем он/она должны воздержаться от принятия решения по делу.

27 ОЭСР Recommendation on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service (2003), cnp. 7.

28 Примеры, использованные в Managing conflicts of interest: Guidance for public entities, Controller and Auditor General, Новая Зеландия, 2007, стр. 6-7, были скорректированы для ситуации трибунала.

Родственники. В целом, с родственниками ситуация складывается немного по-другому. Обычно, она зависит от близости родственных связей и степени, в которой решение или деятельность трибунала могут прямо или значительным образом повлиять на них. Связь может быть близкой по родству или супружеству, или в силу других обстоятельств. Четких правил не существует, потому что этот вопрос связан со степенью родства. Однако, разумным будет не принимать участие в принятии решения, если его последствия значительно влияют на родственников.²⁹

Друзья и иные партнеры. Похожие способы классификации применяются к друзьям или иным подобным лицам, партнерам. Невозможно ожидать, что член трибунала или должностное лицо не имеют абсолютно никаких связей или не знают человека, вопрос которого рассматривается. Таким образом, не вызовет никаких проблем просто факт знакомства, или совместной работы или деловых отношений между ними. Но давние близкие или очень частые связи, или деловые отношения – могут стать проблемой. Если решение или деятельность трибунала оказывают влияние на организацию, в которой работает родственник или друг, правомерным будет учитывать их должность, например, являются ли они высшим руководством или собственниками или они относятся к младшему персоналу, который лично не принимает участие в деле, и на которых решение лично не повлияет.³⁰

3.4.1.2 Политические интересы и политическая деятельность

Четких правил, в каком объеме член трибунала может поддерживать связи с группами лиц и видами деятельности за пределами трибунала, не существует. Государственные интересы должны преобладать в любом потенциальном конфликте с частной деятельностью, а член трибунала должен всегда думать о том, как третья сторона оценит его/ее поведение, и как такая деятельность или связь может запятнать честность трибунала.

Первостепенным может быть следующий принцип: «Государственное должностное лицо не может участвовать в политической деятельности, когда есть основания полагать, что она несовместима с обязанностями государственного должностного лица, либо ухудшает его/ее возможность выполнять его или ее обязанности в политически непредубежденной форме, либо бросает сомнение на честность и беспристрастность такого лица.»³¹ Если член трибунала является членом или убежденным сторонником политической партии, его/ее политические взгляды должны оставаться в стороне от процесса принятия решения, поскольку это является важным признаком профессионализма и беспристрастности члена трибунала (не важно, контролируется ли закупающий орган «предпочтительной» стороной (предпочтительное отношение) или конкурирующей стороной (негативное отношение)).

Обычно, государственным должностным лицам запрещено заниматься посторонней деятельностью, которая препятствует выполнению ими своих должностных обязанностей или требует чрезмерной умственной либо физической отдачи, затрудняющей выполнение им своих обязанностей, или является продолжением таких обязанностей, которые негативно сказываются на имидже сотрудника государственной администрации. В случае возникновения сомнений относительно классификации деятельности как дозволенной или недозволенной, член трибунала должен посоветоваться с главой трибунала. Таким образом, члены трибунала могут участвовать в политической деятельности пока она не мешает выполнению их обязанностей. Некоторые виды деятельности, могут быть разрешены, в какой-то степени, и не формируют конфликт интересов, включая:

- Членство в политической партии
- Внесение взносов в политическую партию
- Посещение мероприятий политической партии, демонстрация агитационных материалов или выражение политических взглядов в общественных местах³²

29 *Managing conflicts of interest: Guidance for public entities, Controller and Auditor General, New Zealand, 2007, cmp. 19*

30 *Managing conflicts of interest: Guidance for public entities, Controller and Auditor General, New Zealand, 2007, cmp. 19*

31 *Information Handbook for Employment Insurance Board of Referees, Employment Insurance Appeals Division, 2010, cmp. 16.*

32 *Information Handbook for Employment Insurance Board of Referees, Employment Insurance Appeals Division, 2010, cmp. 16*

3.4.1.3 Социальные интересы – связи с обществом и другими организациями

Членство в различных организациях активных и знающих членов трибунала является очевидным преимуществом для трибунала. Тем не менее, член трибунала должен быть в курсе потенциальных проблем, которые могут быть вызваны членством в таких организациях. Например, когда член трибунала выражает свои взгляды, как член неправительственной организации, а впоследствии этот вопрос рассматривается трибуналом.³³

Членство в организации может не быть проблемой. В некоторых случаях, поддержка организации может быть в равной степени компрометирующей, особенно в отношении публичных комментариев или письменных заявлений. Пожертвования конкретной организации также могут вызвать проблемы. Даже анонимные пожертвования могут нарушать принцип. При оценке характера их участия, члены трибунала должны думать о том, как «разумный и хорошо информированный наблюдатель» может отреагировать, если такой интерес или участие будут обнародованы. Поэтому, если член трибунала предоставляет организациям пожертвования, и эти организации принимают участие в процедурах обжалования, он / она должна отказаться от участия в принятии решения, поскольку его/ее пожертвования в организацию могут вызвать конфликт интересов.

Поскольку член трибунала может принадлежать к комитету или консультативному органу, который занимается реформой законодательства или иными правовыми вопросами, то они всегда должны остерегаться любого участия, которое может включать консультации по вопросам, которые являются противоречивыми или несовместимыми с их ролью в трибунале. Выражение противоречивой точки зрения может привести к снижению уважения к такому члену и авторитета трибунала.³⁴

3.4.1.4 Подарки

Члену трибунала запрещено прямо или опосредованно требовать или принимать какие-либо подарки, услуги, обещания или получать предпочтительное отношение, в связи с его/ее должностью, если это может повлечь за собой конфликт интересов. Член трибунала, которому предлагается подарок, услуга, обещание или оказывается предпочтительное отношение, должен:

- Отказаться и вернуть тому, кто предлагал, если это невозможно, то официально сдать, полученную материальную ценность, главе трибунала или в ближайшее вышестоящее учреждение.
- Попытаться идентифицировать человека, который это предложил, а также его/ее мотивы и интересы.
- Немедленно сообщить главе трибунала или в ближайшее вышестоящее учреждение о предложенном или полученном подарке, услуге, обещании или предпочтительном отношении, предоставить идентификацию лица, которое его предложило, описать обстоятельства события, а также указать возможные причины происшедшего и связь с обязанностями данного члена трибунала.
- Если подобное предложение является наказуемым, необходимо сообщить о нем в компетентные органы, включая все соответствующие факты. Например, кто предложил, что, для чего, чтобы позволить органам прокуратуры начать уголовное преследование.
- Продолжить исполнять свои обязанности в нормальном режиме, особенно относительно дела, в связи с которым был предложен подарок, услуга, обещание или предпочтительное отношение, и постоянно информировать вышестоящее учреждение о возможном развитии событий.
- Если подобное предложение связано с совершением уголовно наказуемого деяния, сообщить о нем в компетентные органы уголовного преследования.

В «Руководстве ОЭСР» допускается прием определенных подарков в особых обстоятельствах. Например, подарки в силу

33 Administrative Review Council, Commonwealth of Australia, *Guide to Standards of Conduct of Tribunal Members*, 2009, сmp. 30
Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.

34 Administrative Review Council, Commonwealth of Australia, *Guide to Standards of Conduct of Tribunal Members*, 2009, сmp. 31
Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.

социальных обычаев, таких как день рождения или торжества или подарки в знак признания чьих-либо услуг.³⁵ Передовая практика других стран предусматривает, что член трибунала не может принимать никакие подарки, если это обоснованно может восприниматься, как компрометация беспристрастности государственного должностного лица.³⁶ Следовательно, член трибунала должен учитывать:

- Характер и ценность подарка
- Лицо, делающее подарок, его/ее отношение к трибуналу и ситуацию, в которой предоставляется подарок.

Такой материальный подход был также принят ОЭСР в «Руководстве ОЭСР» и предлагает использовать следующий вопросник при принятии решения о допустимости подарка.

И скренний	Является ли данный подарок искренним, в благодарность за мою деятельность, в качестве государственного должностного лица, и я его не требовал и никаким образом не поощрял?
Н езависимый	Если я приму этот подарок, появятся ли у здравомыслящего человека сомнения в моей независимости при продолжении выполнения мной своей деятельности, особенно, если лицо, ответственное за этот подарок, связано или может находиться под влиянием того решения, которое я могу принять?
С вободный	Если я приму этот подарок, буду ли я чувствовать себя свободным от каких-либо обязательств сделать что-либо в ответ лицу, ответственному за подарок, или для его/ее семьи, друзей и других связанных с ним лиц?
П розрачный	Готов ли я сообщить о данном подарке и источнике его получения своей организации, клиентам, коллегам, средствам массовой информации и обществу в целом? ³⁷

Члену трибунала следует продолжать рассматривать дело в том случае, если он или она может ответить на все эти вопросы утвердительно. В противном случае член трибунала должен воздержаться от дела и, как следствие, должен быть заменен.

3.5 Предубеждение и предопределенность

Члены трибунала имеют право на свои собственные взгляды. Несомненно, можно ожидать, что члены трибунала будут полагаться на свои индивидуальные мнения или идеи при выполнении своей деятельности. Однако непоколебимое мнение относительно какого-либо вопроса рискует стать предубеждением или предопределенностью. Члены трибунала могут рассматриваться как участники конфликта интересов (предвзято), если их поведение или убеждения указывают (особенно, но не обязательно, если они выражаются в публичном заявлении) на то, что они сформировали свое мнение по вопросу до его рассмотрения или обсуждения. Другими словами, что они проявляют «ограниченность» мнения или «непоколебимую» позицию, и не готовы к справедливому рассмотрению всей соответствующей информации и аргументов.³⁸ Такого рода предрасудки и предопределенность нарушают их обязательство быть беспристрастными в процессе принятия решений и, соответственно, влечет за собой конфликт интересов.

Общие личностные факторы, например, этническая или расовая принадлежность члена трибунала, религиозные взгляды, национальное происхождение, возраст, политические или философские симпатии, благосостояние или профессиональный опыт не часто представляют собой предопределенность, если это не приводит к строго придерживаемой личной позиции, которая непосредственно касается рассматриваемого вопроса, в связи с чем будет считаться конфликтом интересов.³⁹

35 ОЭСР Recommendation on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service Toolkit (2005), cnp. 45

36 Administrative Review Council, Commonwealth of Australia, Guide to Standards of Conduct of Tribunal Members, 2009, cnp. 34
Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.

37 ОЭСР Recommendation on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service Toolkit (2005), cnp. 43

38 Managing conflicts of interest: Guidance for public entities, Controllor and Auditor General, New Zealand, 2007, cnp. 20

39 Managing conflicts of interest: Guidance for public entities, Controllor and Auditor General, New Zealand, 2007, cnp. 20

3.6 Решение конфликтов интересов

Член трибунала обязан решить конфликт интересов, возникший в связи с его/ее частными интересами или другим конфликтными интересами, как только ему/ей стало известно о нем. Если член трибунала не уверен в существовании конфликта интересов, он/она должны посоветоваться относительно этого вопроса с главой трибунала. В решении таких ситуаций существует два аспекта. Во-первых, определение и выявление конфликта интересов, что в основном является ответственностью члена трибунала, и регистрация или сообщение в письменном виде главе трибунала о потенциальном конфликте интересов. Во-вторых, принятие решения о том, какие действия, если применимо, необходимо предпринять, чтобы избежать или уменьшить последствия конфликта интересов. Это является ответственностью члена трибунала.

Во всех ситуациях, когда член трибунала распознает конфликт интересов, он должен проинформировать главу трибунала и попытаться решить вопрос в кратчайшие сроки. Это не только необходимо для защиты беспристрастности суда, но и защищает члена трибунала от личных проблем..

3.6.1 Как определить конфликт интересов?

Важно сконцентрироваться на частичном совпадении между двумя интересами. Другими словами, могут ли другие интересы члена трибунала быть как-то связаны с конкретным вопросом, который рассматривается трибуналом?

Следовательно, в случае принятия решения о необходимости разглашения чего-либо, лучшим вариантом будет ошибиться относительно предубежденности. Во многих случаях ситуация не бывает очевидной. И, если член трибунала не уверен относительно существования конфликта интересов, то прозрачнее и безопаснее будет сообщить об этом главе трибунала и другим членам трибунала на собрании.

В таком случае дело станет достоянием общественности, и можно будет использовать опыт других членов трибунала, чтобы оценить, представляет ли данная ситуация конфликт интересов, и является ли она достаточно серьезной, чтобы предпринимать дальнейшие действия.⁴⁰ Заинтересованный член трибунала не должен участвовать в принятии решения по его/ее потенциальным конфликтам интересов.

3.6.2 Как уведомлять о конфликте интересов?

Каждое должностное лицо при исполнении своих общественно-правовых обязанностей или компетенций, на основании своих знаний и добросовестности, обязан(а) заблаговременно сделать заявление (в каждом конкретном случае), уведомляющее о наличии его/ее частных интересов, которые могут привести к возникновению конфликта интересов. Такое дифференцированное заявление о частных интересах делается должностным лицом, когда бы оно ни потребовалось вышестоящим должностным лицом или вышестоящим органом. Как правило, такое заявление требуется и выполняется заблаговременно.

В случаях конфликта интересов, член трибунала обязан заблаговременно уведомлять о конфликте интересов и незамедлительно сообщать об этом главе трибунала, который должен принять соответствующее решение и отстранить члена трибунала от принятия решения по делу.

Если члену трибунала становится известно, что кто-либо из его коллег или глава трибунала имеет какую-либо личную заинтересованность, то он/она обязан проинформировать главу трибунала или вышестоящие органы власти, если речь идет о главе трибунала.

Если вопрос, в котором заинтересован член трибунала, возникает в процессе официального заседания, член трибунала обязан заявить на этом собрании, что он/она имеет личную заинтересованность в вопросе, до того,

⁴⁰ *Managing conflicts of interest: Guidance for public entities, Controller and Auditor General, New Zealand, 2007, cnp. 27-28*

как начнется обсуждение. Заявление должно быть внесено в протокол собрания. В других случаях, вопрос должен незамедлительно подниматься и обсуждаться с соответствующими лицами, как только возникает возможность возникновения конфликта интересов.⁴¹ Член трибунала должен воздержаться от рассмотрения дела незамедлительно.

Если стороны процедуры пересмотра, ранее вынесенного решения, требуют отстранения члена трибунала, этот вопрос должен решать глава трибунала. Если стороны требуют отстранить главу трибунала, такое требование рассматривается трибуналом во главе с заместителем главы трибунала.

3.6.3 Как избегать или смягчать конфликты интересов?

Принцип беспристрастности трибунала требует, чтобы члены трибунала отстранялись от участия в процедуре пересмотра решения, если у них есть частные интересы в принимаемом решении. Например, дело может касаться лично члена трибунала или процедура пересмотра может повлиять на его родственника. В таком случае для члена трибунала будет уместным поддерживать свою позицию, но не принимать участия в процессе принятия решения по вопросам, которые его/ее касаются. Этого можно достигнуть воздержавшись от голосования по решению, отказавшись от обсуждения соответствующих предложений и планов, а также от документов и иной информации, касающейся его/ее личных интересов.

Поскольку запрет на участие в процедуре пересмотра решения в случае существования конфликта интересов предусмотрен законом, альтернативных санкций не существует, и запрет на участие является единственным правовым средством защиты. Однако, при принятии изменений в законодательстве или наличии специфических типов частных интересов, которые не будут требовать автоматического отстранения члена трибунала от участия в процедуре пересмотра в случае конфликта интересов, трибунал может наметить определенные шаги решения проблемы, направленные на пострадавшего. Принимая решение о соответствующих шагах, члены трибунала должны тщательно взвесить серьезность конфликта интересов и рассмотреть возможные варианты его смягчения.

Возможные варианты смягчения включают в себя:

- Не предпринимать никаких мер
- Уточнить, согласны ли все заинтересованные стороны (закупающий орган и заявитель) с причастностью члена трибунала
- Поиск формального исключения, разрешающего участие в процессе принятия решения (если такое юридическое право предусмотрено)
- Применение дополнительных мер по контролю или надзору за членом трибунала
- Отказ от обсуждения или голосование только по конкретному пункту дела на собрании
- Исключение из состава комитета или рабочей группы, занимающейся данным вопросом
- Перераспределение конкретных заданий или обязанностей другому лицу
- Согласие или приказ главы трибунала воздержаться от каких-либо действий
- Утаивание определенной конфиденциальной информации, или наложение ограничений на доступ к информации
- Перевод члена трибунала временно или на постоянной основе на другую должность или проект
- Отказ от частных интересов⁴²

Если возникает конфликт интересов, член трибунала должен воздержаться от рассматриваемого вопроса, потому что даже впечатление о небольшом искажении беспристрастности по отношению к третьим лицам, может привести к подрыву доверия к трибуналу в целом.

41 *Managing conflicts of interest: Guidance for public entities, Controller and Auditor General, New Zealand, 2007, сmp. 28.*

42 *Перечень вариантов был подготовлен на основании - Managing conflicts of interest: Guidance for public entities, Controller and Auditor General, New Zealand, 2007, р. 31. Похожий перечень вариантов решения вопросов, связанных с конфликтом интересов можно найти в - ОЭСР Recommendation on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service (2003), сmp. 8.*

3.6.4 Правовые последствия нерешенного конфликта интересов

Если трибунал надлежащим образом не решил вопрос конфликта интересов, и решение трибунала было принято на фоне фактического или кажущегося конфликта интересов, такое решение может быть оспорено в судебном порядке. Если существование конфликта интересов будет доказано, суд определит такое решение трибунала незаконным. Следовательно, такое решение не будет иметь правовых последствий.

3.6.5 Назначение и трудоустройство после окончания срока пребывания на должности

Комплект ОЭСР⁴³ рекомендует, чтобы в течение двух лет после увольнения из трибунала бывший член трибунала не мог представлять лиц или организации в конфликте или поддерживать коммерческие отношения с государственными органами, в связи с исполняемыми прежде обязанностями или в их продолжение.

3.7 Австрийский пример

В Австрии соответствующие положения для органов по пересмотру находятся в «Общем законе об административной процедуре 1991 года». Закон предписывает, что при выполнении своих обязанностей, административные сотрудники должны воздержаться от службы и инициировать замену. Такие случаи:

1. При рассмотрении вопросов, в которые вовлечены они сами, один из их родственников или лицо, находящееся под их опекой. Закон определяет родственников, как супругов, родственников по прямой линии и родственники второй, третьей и четвертой степени по боковой линии, не кровные родственники по прямой линии и не кровные родственники второй степени по боковой линии, приемные родители и приемные дети, опекуны и дети под опекой лиц, совместно проживающих в партнерстве, а также детей и внуков одного из этих лиц по отношению к другому человеку, а также зарегистрированного партнера. Человек остается родственником, даже если брак перестал существовать.
2. При рассмотрении вопросов, в которых они были или все еще являются представителем стороны.
3. Если есть какие-то важные причины, которые приводят к сомнениям в беспристрастности.
4. При апелляционном производстве, если они принимали участие в издании решения суда, которое оспорено или предварительном решении по апелляции.

Случаи 1, 2 и 4 приводят к тому, что административное должностное лицо прекращает рассматривать этот вопрос немедленно без дальнейшего изучения. Должностное лицо просто должно уведомить своего начальника и передать дело своему заместителю. Случай 3 требует дальнейшего изучения, которое следует выполнять совместно с руководителем. Должностное лицо самостоятельно должно указать на конфликт интересов, как только он будет обнаружен. Этими положениями Австрия стремится обеспечить беспристрастность лиц, принимающих решения. Если административное должностное лицо нарушает это условие и игнорирует конфликт интересов, то только по этой причине решение может быть отменено, и могут быть приняты дисциплинарные меры.

3.8 Судебная практика

Нижеизложенные случаи судебной практики иллюстрируют, как могут возникать конфликты интересов и как ими можно управлять на практике. Представленные случаи не являются руководством к действию в любой из описанных ситуаций, так как они стремятся показать примеры ситуаций, а не предписывать правила по управлению решениями. На практике, иногда малейшее различие в контексте или фрагменте может оказаться критично и нуждаться в индивидуальной обработке ситуации, а также требовать от членов трибунала полагаться на свои собственные навыки и суждения при решении конкретного конфликта интересов.

43 ОЭСР Recommendation on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service Toolkit (2005), сmp. 41

Пример судебной практики 1

Семейная связь с заявителем⁴⁴

Ситуация

А - член трибунала по пересмотру решений о госзакупках. А занимается жалобой на решение окружного совета по здравоохранению (ОСЗ). ОСЗ заключил контракт с частным поставщиком услуг на выполнение определенных работ. Жалоба поступила от компании, проигравшей тендер, управляющим директором которой и основным акционером является зять А.

Вопросы

В данной ситуации присутствует конфликт интересов. Этот конфликт интересов не финансовый, потому что А не причастен к жалобе и не зависит от своего зятя. Но семейная связь с заявителем обоснованно близкая, и решение, которое должен принять трибунал, напрямую касается истца. А, скорее всего, будет более лояльным к своему зятю или по меньшей мере это вероятно, что создаст впечатление пристрастности.

Решение

Как только А узнает, что жалоба была представлена трибуналу, он должен сообщить о своей связи с заявителем главе трибунала сразу же после того, как ему станет известно о том, что жалоба была подана в трибунал. Трибунал должен отстранить А от участия в анализе и принятия решения по делу. Также благоразумно будет предпринять меры, чтобы убедиться в том, что А не имеет доступа к документам и информации, касающимся оспариваемого тендера ОСЗ, особенно к конфиденциальной информации, предоставленной конкурентом истца. Факт того, что родственник А занимает важную роль, в качестве истца, относится к оценке данной ситуации. Решение могло бы быть иным, если бы родственник занимал более низкую должность и не был лично заинтересован в тендере истца, особенно если бы в качестве истца выступала крупная компания. Решение также могло быть иным, если бы это был дальний родственник, которого А видел всего лишь пару раз в жизни. Оценка близости родственной связи с кем-либо или предполагаемой близкой связи требует тщательного рассмотрения.

Пример судебной практики 2

Личная связь с заявителем⁴⁵

Ситуация

Е, член трибунала, получила жалобу, связанную со строительными работами, заказанными государственным учреждением. В жалобе оспаривается тендер, выигранный компанией Constructions SA.

Е лично знает компанию Constructions SA. В прошлом году Е нанимала эту фирму для строительства своего дома и пользуется ее услугами в данный момент для осуществления структурных изменений в другой принадлежащей ей собственности. В связи с этим, Е хорошо знает директоров компании и высоко ценит их работу.

Вопросы

Данная ситуация может вызвать конфликт интересов для Е. От Е ожидается беспристрастная и профессиональная оценка жалобы, при этом может появиться мнение, что Е имеет слишком близкие деловые отношения с одним из участников тендера.

44 Пример судебной практики был скорректирован в целях настоящей главы на основании примера, описанного в – *Managing conflicts of interest: Guidance for public entities, Contoller and Auditor General, New Zealand, 2007, стр. 34-35.*

45 Пример судебной практики был скорректирован в целях настоящей главы на основании примера, описанного в – *Managing conflicts of interest: Guidance for public entities, Contoller and Auditor General, New Zealand, 2007, стр. 41-42.*

Решение

В этом случае, неразумно со стороны Е привлекаться к принятию решения по жалобе, поэтому Е следует заменить. Такая ситуация возникает, потому что Е работает с данной компанией в настоящий момент и имеет с ней устоявшиеся деловые отношения.

Риск состоит в том, что в случае отклонения жалобы, личные связи Е с компанией Constructions SA могут позволить кому-нибудь предположить, что решение трибунала принято на основании предпочтительного отношения.

Такие ситуации не всегда очевидны. В небольших и узкоспециализированных отраслях люди зачастую лично знают или имели какие-либо отношения с другими людьми или компаниями, относительно которых они должны принять решение. Однако это, отнюдь, не всегда является неправильным, поскольку такие связи могут быть оценены как слишком дальние или незначительные. Например, в данном случае ответ мог бы быть и другим, если бы выполненные компанией работы для Е, были единичными и меньшими по объему, а также если бы они проводились несколько лет назад.

Кроме того, необходимо провести тщательное разбирательство, если бы заявителем или компанией, участвующей в рассмотрении жалобы, управлял друг или знакомый Е. Например, со стороны Е было бы неправомерным принимать решение по жалобе, если компания находится под руководством ее очень хорошего друга, которого она знает много лет и который был приглашен на ее свадьбу. Подобное правило будет применяться, если Е была близким другом представителей закупающего органа, ответственного за закупку. С другой стороны, может не являться проблемой, если Е просто знакома с человеком, к примеру, в связи с членством в одном и том же спортивном клубе. Тщательное разбирательство может быть необходимо, если Е работала в этой фирме. Например, ситуация может оказаться проблематичной, если она состояла в штате компании в течение последнего года. С другой стороны, если она работала в фирме несколько лет назад, это может не являться проблемой.

Пример судебной практики 3

Личная связь с представителем стороны процедуры пересмотра⁴⁶

Ситуация

А член трибунала. Она проживает с В - юристом, специализирующимся на государственных закупках. А имеет дело с жалобой С. После информирования закупающего органа А сообщает, что юридическая фирма В будет представлять закупающий орган.

Вопросы

Даже если В не имеет непосредственного отношения к делу, В имеет некоторый интерес, чтобы выиграть дело. В может попытаться повлиять на А во время проведения трибунала, а также на решение судебного дела. А может находиться под давлением, потому, что А не хочет выступать против ее спутника жизни и, таким образом, осложнить их личные отношения.

Решение

А должна уведомить главу трибунала о наличии конфликта интересов. Глава трибунала должен отстранить А от решения судебного дела из-за потенциального личного конфликта.

⁴⁶ Этот пример взят из практики Bundesvergabeamt, и был адаптирован.

Пример судебной практики 4

Социальная связь с заявителем/закупающим органом

Ситуация

Большинство высокопоставленных должностных лиц трибунала иногда, а часто в свое личное время, посещают обеды или ужины с большим количеством деловых людей, включая представителей школ, церквей, застройщиков и консультантов или с представителямикупающих органов. Подразумевается, что это – часть деятельности высокопоставленных должностных лиц, за которую они не получают оплаты или какого-либо вознаграждения. Такая деятельность никогда не рассматривалась как проблема для трибунала. В одном из последних случаев два члена трибунала посещали событие, которое в газете освещалось, как обед, устраиваемый ведущей местной строительной компанией. Обед состоялся за неделю до того, как трибунал принял решение в пользу жалобы, поданной данной строительной компанией.

Вопросы

Поскольку определенные социальные контакты между членами трибунала и представителями частного сектора иликупающего органа неизбежны, и зачастую могут даже быть желательными, проведение и время обеда может вызвать подозрения относительно непредвзятости членов трибунала, участвовавших в процессе принятия решения и непредвзятости всего процесса пересмотра. Кроме этого обед создал, как минимум, кажущийся конфликт интересов для членов трибунала. В данном примере неважно, состоялся ли обед в свободное от работы членов трибунала время, так как они не могут апеллировать тем, что присутствовали на обеде как частные лица.

Решение

Трибунал должен быть способен продемонстрировать, что процесс пересмотра не подвергался неправомерному или коррупционному влиянию. В случае отсутствия такой способности данная ситуация может являться примером одной из форм «манипулирования государством», получение благоприятного официального решения путем скрытого влияния с использованием коррупционных методов. Такое дело должно быть в дальнейшем тщательно расследовано.⁴⁷

Поэтому члены трибунала всегда должны тщательно обдумывать любое участие в социальных мероприятиях, на которых могут присутствовать истцы или представителикупающих органов и анализировать, может ли такое участие быть расценено, как неправомерное влияние на соответствующие решения трибунала, принятые в результате процедуры пересмотра.

Пример судебной практики 5

Личные интересы

Ситуация

Компьютерная компания подарила устаревшие компьютеры школе, в которую ходит племянник хорошего друга члена трибунала. Кроме того, данная компьютерная компания организует стажировку для избранных студентов школы. Члену трибунала известно об этом, поскольку он обсуждал этот вопрос со своим другом за ужином. Друг уверен, что его племянник получит право пройти стажировку, поскольку он является одним из лучших учеников.

Компьютерная компания подала в трибунал жалобу. Компьютерной компании не известно об отношениях между одним из кандидатов на стажировку и членом трибунала, но она может узнать об этом. Дело сложное, и незначительное изменение толкования условий тендера может привести к проигрышу или выигрышу дела.

⁴⁷ Пример судебной практики был скорректирован в целях настоящей главы на основании примера, описанного в – ОЭСР Recommendation on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service Toolkit (2005), стр. 85.

Вопросы

Член трибунала имеет определенный отдаленный личный интерес в деле, поскольку он очень хорошо знает дядю студента, который будет подавать заявку на прохождение стажировки в компании. Учитывая отношения с дядей, можно заявлять, что он может помочь своему другу, обеспечив стажировку для племянника в обмен на решение, принятое в пользу компьютерной компании.

Решение

Член трибунала должен сообщить об этой ситуации главе трибунала. Тем не менее, необходимо учитывать отдаленность личных отношений между членом трибунала и племянником, который может получить выгоду от решения, принятого в пользу компьютерной компании. Также, важно отметить, что заявителю, компьютерной компании, ничего не известно об отношениях между кандидатом на стажировку и членом трибунала. Более того, племяннику не надо «способствовать» в получении права на стажировку. Принимая во внимание вышеизложенное, необходимо сделать вывод о том, что член трибунала может участвовать в процессе принятия решения по данному делу.

Пример судебной практики 6

Политические интересы

Ситуация

Член трибунала является постоянным членом политической партии. Глава закупающего органа в свою очередь является членом той же политической партии, и обоим – и главе, и члену трибунала, этот факт хорошо известен. Заявителю также известен тот факт, что глава закупающего органа и член трибунала являются членами одной и той же политической партии.

Вопросы

Член трибунала может иметь политический интерес в этом деле.

Решение

Если поведение члена трибунала указывает на то, что у него есть стойкие политические взгляды и он лоялен своей политической партии, что он не раз демонстрировал публично, такой член трибунала может расцениваться как предвзятый, поэтому глава трибунала должен попросить его воздержаться от голосования по делу, для того, чтобы не создавать атмосферу политических предпочтений. Особенно это действует в случаях, когда в жалобе предполагается, что закупающий орган – министерство, не соблюдало правила закупки, и любая дополнительная негативная информация может повлиять на предпочтения избирателей политической партии, членом которой является глава закупающего органа.

В случае если член трибунала, является постоянным членом политической партии, не проявляет ярко выраженной общественной активности в поддержку этой партии, а также в его поведении отсутствуют признаки того, что его политическая позиция может взять вверх над непредубежденным применением закона, данному члену трибунала нет оснований воздерживаться от процесса принятия решения в ходе процедуры пересмотра.

3.9 Выводы

Основным требованием административной юстиции является требование к членам трибунала быть беспристрастными, не поддаваться внешнему или внутреннему влиянию и неоправданным сомнениям в процессе принятия решений. Учитывая это требование, основой принципа справедливости является беспристрастность лиц, принимающих решения. Это гарантирует, что решения трибунала по пересмотру, основаны на объективных критериях, а не на предвзятом безосновательном предпочтении членов трибунала какой-либо стороны в процессе рассмотрения в силу ошибочных причин. Учитывая это, в процессе проведения пересмотра закупок, может возникнуть конфликт интересов, когда член трибунала не рассматривает вопрос по делу с позиции беспристрастности, и существует опасность того, что этот член может несправедливо вынести решение в пользу стороны, которая является субъектом разбирательства.

В ситуациях, подобных этой, частные интересы члена трибунала влияют, повлияли или могут повлиять на некорректное выполнение его или ее обязанностей. По этой причине трибуналы по пересмотру закупок должны установить, опубликовать и распространить среди своих членов политику регулирования конфликта интересов, которая четко охватывает вопросы, касающиеся общих черт наличия конфликта интересов, определения конкретных проявлений неприемлемой ситуации конфликта интересов, раскрытия конфликта интересов и идентификации необходимых действий для устранения последствий конфликта интересов. В дополнение к реальному конфликту интересов, могут возникнуть еще две классификации конфликтов интересов.

К ним относится кажущийся конфликт интересов – где кажется, что частные интересы оказывают влияние, повлияли или могут повлиять на некорректное выполнение обязанностей членов трибунала; и потенциальный конфликт интересов - где частные интересы могут в будущем привести к появлению фактического или кажущегося конфликта интересов. В контексте трибуналов по пересмотру закупок частный интерес - это все, что может оказывать влияние на отдельных лиц или группу, и включает в себя личные, политические, профессиональные, финансовые и социальные интересы члена; он также включает в себя личные, политические, профессиональные, финансовые и социальные интересы отдельных лиц или групп, с которыми он непосредственно связан.

Хотя глава помогает членам трибунала выявлять конфликты интересов, она также обеспечивает понимание и признает, что все члены трибунала имеют право на свои личные взгляды. В действительности, члены трибунала, вероятно, могут использовать свое собственное мнение и идеи в выполнении работы. Однако, хотя наличие или принятие общего интереса к предмету или теме следует поощрять и приветствовать, надо понимать то, что непоколебимые взгляды или глубоко укоренившиеся мнения по конкретному вопросу могут создать риск предубеждения или предопределения.

Если конфликт интересов существует, скорее всего разрешение этого конфликта зависит от члена трибунала. В таком случае член суда обязан информировать главу трибунала и сделать все возможное, чтобы максимально оперативно решить эту проблему. Если член суда не уверен в наличии конфликта интересов, необходимо получить консультацию у главы трибунала. Если будет принято решение о наличии конфликта интересов, то необходимо принять решение о вариантах возможных действий, чтобы избежать или смягчить любые последствия конфликта интересов – данная задача является прерогативой трибунала. Важно, что трибунал оценивает доступные варианты смягчения и быстро реализует соответствующий вариант и действия, которые сводят к нулю выявленный конфликт интересов.

Очень важно, чтобы трибуналы эффективно занимались каждым выявленным конфликтом интересов и предпринимали действия по снижению фактического или потенциального конфликта интересов, так как правовое воздействие от неразрешенного конфликта интересов, может иметь далеко идущие последствия. Несмотря на возникновение возможных дополнительных расходов и судебных издержек на юридическую помощь, решение трибунала может быть оспорено в суде, который может объявить решение трибунала недействительным. Это также может привести к неопределенности по предыдущим решениям, и поставить под сомнение будущее трибунала. Важно обратить внимание на то, что конфликт интересов может возникнуть на любом этапе, и было бы ошибочно полагать, что конфликты интересов могут быть выявлены лишь в начале судебного разбирательства. Не является необычным выявление конфликтов интересов в ходе сбора и анализа доказательств или проведения пересмотра закупок, и это является предметом доказательств и процедуры, более подробно описанных в следующей главе.

Доказательства и процедура

4.1 Обзор

Обсуждение в двух предыдущих главах подчеркнуло для членов трибунала по пересмотру важность соблюдения процедуры и установления четкой и объективной структуры проведения пересмотра государственных закупок, чтобы в результате предоставить сторонам, участвующим в процессе, обоснованное решение, основанное на фактах. Эта глава, основанная на этой преамбуле, рассматривает аналитическую и исследовательскую природу трибунала. Иными словами, подбор источников, оценку и анализ доказательств, основанных на фактах. Таким образом, эта глава представляет и рассматривает виды доказательств, которые может использовать трибунал на практике. Учитывая, что документальные доказательства являются главными доказательствами, на основе которых трибуналы выносят решения, несколько разделов этой главы подробно рассматривают этот важный вид доказательств. Кроме того, в этой главе также обсуждаются методы сбора и получения доказательств, а также способы проведения оценки их обоснованности. Наконец, тщательно рассматриваются раскрытие, значение и допустимость доказательств. Чтобы представить данный предмет в общем контексте, глава начинается с введения в следственную природу процедур пересмотра, а также роль и природу доказательств в трибуналах по пересмотру закупок.

4.2 Следственная природа процедуры пересмотра

Природа процедуры пересмотра требует от трибунала проявлять активность и применять следственный подход, т.е. собирать и оценивать всю соответствующую тендерную документацию, а не только ответ закупającego органа и жалобу истца. Оценка всей тендерной документации и требование иных доказательств, в случае необходимости, являются неотъемлемыми условиями для принятия решения трибуналом, поскольку одни полученные сведения могут привести к отмене всего тендера, а другие сведения к отмене квалификационных критериев или условий контракта. Следует отметить, что заявитель может не иметь возможности получить всю необходимую информацию, а также полный доступ к тендерной документации. Таким образом, трибунал в случае необходимости должен собрать доказательства, и в частности, от закупającego органа.

4.3 Роль и природа доказательств

Как и в других разбирательствах доказательства играют решающую роль в производствах по пересмотру государственных закупок. Доказательства – это факты, полученные законным путем, служащие для подтверждения или опровержения аргументов или контраргументов сторон, участвующих в правовом споре. Если трибунал принимает решение, не исследовав все необходимые доказательства, такое решение может быть признано недействительным в судебном порядке в связи с нарушением основополагающего принципа о том, что решение трибунала должно быть основано на доказательствах, представленных сторонами, и иных допустимых доказательствах. Другими словами, доказательства должны быть представлены трибуналу или в установленном порядке признаны трибуналом.⁴⁸

Принять решение на основании доказательств означает использовать надежную информацию, которая логически указывает на наличие и отсутствие фактов, относящихся к вопросу, который необходимо определить. Доказательства можно охарактеризовать как инструмент, используемый стороной в ходе процесса, чтобы подтвердить и доказать свои заявления или опровергнуть заявления другой стороны. Доказательства также используются для того, чтобы объективно установить факты дела, к которому применяется законодательство.

4.4 Виды доказательств

Доказательства можно поделить на следующие основные виды: документальные, свидетельские или косвенные. Также их

⁴⁸ Patrice Gorant and Philippe Gorant; *The Tribunal Proceedings Relating to Employment Insurance, 2001*, Глава 3.1.
http://www.oe-ei.gc.ca/eng/board/tribunal/chapter_3-1.shtml

можно поделить на показания экспертов в суде, вещественные доказательства, репрезентативные доказательства, признания и др. Кроме этого, доказательства могут быть прямые и косвенные. Прямые доказательства (документы, письменные и вещественные доказательства – например, тендерная документация) прямо и тесно связаны с тем, что желательно продемонстрировать. Косвенные доказательства (письменные и устные показания) могут быть использованы для предположения о том, что желательно продемонстрировать. Распространенные виды не прямых доказательств – слухи, косвенные доказательства, аналогичные факты и фактическая презумпция. Косвенные доказательства включают использование указателей времени, места или людей для предположения факта или события. Доказательства аналогичных фактов – представление фактов или ситуаций, сравнимых с оспариваемым фактом.⁴⁹ Доказательства, которые будут представлены трибуналу в ходе процедуры пересмотра, в основном, будут состоять из документальных свидетельств, таких как письменные заявления, тендерная документация (в том числе фотографии и технические документы), протоколы собраний и мнения экспертов. Устные показания также могут стать доказательством, если трибунал решит опросить стороны или экспертов в ходе устного разбирательства. Кроме того, все, что будет обнаружено по делу непосредственно членами трибунала, будет рассматриваться в качестве доказательств.

Доказательства, известные общественности, и доказательства, известные трибуналу ввиду его функций, как правило, не должны быть дополнительно подтверждены, но должны быть доведены до сведения сторон. Важно отметить, что юридические основания не являются доказательствами. Законы, подзаконные нормативные акты и решения суда не доказывают факты, но должны быть известны, поскольку они обычно публикуются. К доказательствам, известным трибуналу в силу его функций, относятся: министерские приказы, официально опубликованные общие акты органов государственного управления, любые ссылки на решения Конституционного суда, Европейского суда по правам человека, решения Верховного суда, определяющие единую позицию в судебной практике, прецедентные решения трибунала. Учитывая тот факт, что документальные доказательства являются основным доказательством, на основании которого трибунал выносит свое решение, следующие разделы будут рассматривать этот вид доказательств более подробно.

4.4.1 Письменные заявления

Существуют два основных источника письменных заявлений, которые составляют основу для решения трибунала. Во-первых, документация, представленная заявителем, которая обычно состоит из жалобы и сопутствующих приложений. Во-вторых, документация, представленная закупочным органом, которая, как минимум состоит из тендерной документации и ответа закупочного органа на жалобу. К другой информации, которая является общедоступной и может быть получена трибуналом, относят уведомление о контракте, опубликованное закупочным органом и тендерной заявки закупочного органа и других участников тендера.

Тендерная документация является наиболее важным доказательством, которое может быть получено в процедуре пересмотра, поскольку она показывает действия закупочного органа во время проведения процедуры закупки. Если документация является неполной или важные этапы не были должным образом задокументированы, то, очевидно, что процедура закупки не была проведена прозрачно, и заявление может быть отклонено по этой причине. На практике закупочный орган может отказать в предоставлении тендерной документации в срок. Если это действительно так, и установленный законом срок для решения трибунала по жалобе уже проходит, суд вправе принять решение исключительно на основании жалобы и доказательств, представленных в процессе. Тем не менее, решение должно быть обоснованным, а факты дела быть производными имеющихся доказательств.

Для того, чтобы получить соответствующие доказательства и затребовать необходимую информацию от закупочного органа в отношении конкретной тендерной процедуры, суд сотрудничает с органами

⁴⁹ Patrice Garant and Philippe Garant; *The Tribunal Proceedings Relating to Employment Insurance, 2001, Глава 3.4.*
http://www.oe-ei.gc.ca/eng/board/tribunal/chapter_3-4.shtml

государственной власти.⁵⁰ Кроме того, трибунал также вправе затребовать разъяснения и дополнительную информацию у любого органа центральной или местной власти и получить любые документы или доказательства, имеющие отношение к производству о пересмотре. Для того чтобы получить соответствующие доказательства вовремя, трибунал должен установить сроки для органов государственной власти, с возможным применением административных санкций (штрафов), если государственный орган не ответит в установленные сроки.

Пример

В соответствии со статьей 346 все процедуры закупок исключаются из сферы ДФЕ (Договора о функционировании Евросоюза) и, следовательно, из сферы директив закупок, если это необходимо для защиты основных национальных интересов безопасности. Прерогативой государств-членов является доказательство национальных интересов безопасности в трибунале. В одном конкретном случае для адаптации армейских вертолетов к новым стандартам безопасности Министерство обороны (МО) провело процедуру закупки без применения соответствующего законодательства о закупках. В частности, МО провело процедуру закупки без публикации уведомления. В процедуре пересмотра, МО не смогло доказать наличие интересов национальной безопасности в данном деле. Поэтому орган по пересмотру решил этот вопрос на основании заявления и отказался предоставить исключение по применению закона о закупках.

4.4.2 Мнения экспертов

По сути, и заявитель, и закупающий орган могут представлять экспертные заключения или назначать экспертов. Также трибунал может назначить эксперта. Это один из лучших способов получить экспертное заключение, так как эксперт не будет зависеть ни от одной из сторон. Следует отметить, что маловероятно, что какая-либо сторона будет платить эксперту, если его мнение бесполезно данной стороне. Следовательно, зачастую частным образом назначенный эксперт подтверждает решение своего клиента и находит для этого необходимые основания.

Как правило, эксперты обладают некоторыми специальными знаниями, и их задача состоит в предоставлении трибуналу непредвзятой информации по специальным, в основном, техническим, вопросам. Без достаточных оснований не опровергнутое экспертное заключение нельзя не учитывать, поэтому трибунал обязан его принять. Эксперты дают свидетельские показания относительно фактов, которые они наблюдали, и выраженные ими мнения могут иметь значительный вес.

Если есть официальный список экспертов, то трибунал должен назначить одного из этих экспертов. В силу своих официальных полномочий трибунал должен постановить, необходимо ли участие эксперта для оценки доказательств или для установления фактов. Эксперт, как правило, назначается, когда трибунал не в состоянии оценить доказательства или установить факты в связи с их научной, правовой или технической природой. Трибунал должен назначить эксперта или экспертов, используя свой список избранных экспертов, исходя из их специализации. Эксперт должен отказаться высказывать свое мнение, если существует конфликт интересов. Трибунал должен предложить и представить эксперта сторонам, которые, в свою очередь, заявляют о своем согласии или несогласии с выбранной кандидатурой. Выбор эксперта может быть оспорен заявителем или закупающим органом в связи с конфликтом интересов. В таком случае на трибунал ложится ответственность принять решение, отклоняет ли он возражение эксперта, или существует конфликт интересов, и необходимо назначить нового эксперта. Если трибунал принимает решение отклонить возражение, его решение, основанное на мнении этого эксперта, может иметь обратную силу.

Суд должен предложить сторонам задать эксперту вопросы. Кроме того, трибунал должен консультироваться с экспертами, равно как и со сторонами, относительно определения видов тестов, экспертиз и исследований, а также других методов и процедур, которые будут применяться экспертом. В конечном итоге, трибунал должен официально назначить эксперта и выбрать вопросы, которые будут адресованы ему, представить уже собранные документы и другие доказательства (образцы), определить, какие методы и процедуры будет применять эксперт(ы), урегулировать любые другие аспекты тестов, экспертиз и исследований, которые будет проводить эксперт и определить, будет ли эксперт отвечать устно или в письменной форме.

⁵⁰ Статья 9 «Инструкции о функционировании и организации Комиссии по государственным закупкам», Постановление Совета министров № 184

Эксперт трибунала должен быть беспристрастным и независимым от сторон и от другого влияния. Если его мнение покажется недостаточно обоснованным, трибунал должен отклонить его и назначить другого эксперта или, если применимо, принять сведения, представленные экспертом сторон. Если трибунал отклонил экспертное заключение, он должен предоставить достаточные причины для отказа. Трибунал может также обязать экспертов проконсультироваться друг с другом с целью выяснения вопросов и получения единого вывода. Свидетельство эксперта обычно состоит из фактической составляющей и мнения эксперта. Фактическую составляющую можно оценить путем изучения исследования эксперта и обоснованности его заключения и выводов. Вес мнения эксперта по данному вопросу, можно оценить, рассмотрев фактическое обоснование заключения, проведенные экспертные оценки, область специализации эксперта и его объективность.⁵¹

В контексте трибуналов применяются обычные правила о приемлемости и обоснованности. Трибунал должен рассмотреть природу и причины показаний экспертов, квалификацию и объективность эксперта, масштаб и серьезность его / ее исследования, а также взаимосвязь между мнениями, которые он или она предлагает, и доказательствами.⁵² При оценке свидетельств эксперта, трибунал должен иметь в виду, что каждая из сторон всегда будет пытаться найти эксперта, который разделяет ее мнение, за которое она платит соответствующее вознаграждение.

4.4.3 Свидетели

В некоторых случаях свидетели могут быть полезными. Свидетели должны быть допрошены на устном слушании в присутствии обеих сторон по исковому заявлению. Все стороны судебного разбирательства имеют возможность допросить свидетелей после вопросов заданных трибуналом.

Примеры

1. Выяснилась необходимость опросить руководителя объекта для оценки его профессионального опыта, критерия проведенного тендера, для обоснования присуждения баллов по нему. Заявитель утверждал, что выбранный исполнитель получил слишком много баллов за данный критерий. После опроса назначенного руководителя объекта на устных слушаниях выяснилось, что руководитель объекта не имел должный уровень профессионального опыта, требуемого тендером. Следовательно, выбранный участник тендера, назначенный на исполнение контракта, получил слишком много баллов по этому критерию, и трибунал постановил отменить решение о присуждении данного контракта.
2. В другом случае закупающий орган отверг тендерное предложение заявителя, поскольку оно не было предоставлено в рамках опубликованного периода времени. Заявитель утверждал, что тендерное предложение было предоставлено вовремя. В течение последующего расследования был допрошен глава отдела обработки корреспонденции, и в результате выяснилось, что заявитель представил тендер в рамках опубликованного периода времени, но тендер не был вовремя доставлен в ответственный департамент.

4.5 Обоснованность доказательств

Даже если в целом доказательство является допустимым, оно должно быть обоснованным для того, чтобы быть допущенным в процесс разбирательства. Доказательство считается обоснованным, если оно прямо или косвенно относится к факту или вопросу, который должен быть установлен, и способствует продвижению следствия. Доказательства должны более или менее вероятно подтверждать наличие или отсутствие рассматриваемого факта или ситуации по делу.⁵³

51 *Decision Making: Evidence, Facts and Findings, Best-practice guide 3, Administrative Review Council, August 2007. cmp. 9.*
Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.

52 *Patrice Garant and Philippe Garant; The Tribunal Proceedings Relating to Employment Insurance, 2001, Глава 3.7.2.2*
http://www.ae-ei.gc.ca/eng/board/tribunal/chapter_3-7-2.shtml

53 *Patrice Garant and Philippe Garant; The Tribunal Proceedings Relating to Employment Insurance, 2001, Глава 3.5.*
http://www.ae-ei.gc.ca/eng/board/tribunal/chapter_3-5.shtml

Решение об обоснованности доказательств принимает трибунал. Трибунал должен рассмотреть вопрос о сфере своей юрисдикции, предмете разбирательства и полномочиях, предоставленных ему законом. Трибунал запрашивает и рассматривает все необходимые доказательства, чтобы принять окончательное решение, используя для этого все методы доказывания, разрешенные законом. Отказ признать обоснованные доказательства является нарушением принципов естественного права справедливости⁵⁴ и будут против статьи 6 ЕКЧП.⁵⁵

Точного определения обоснованности не существует. По этой причине ее иногда путают с весомостью. Факты, которые не являются обоснованными, не имеют реальной связи с вопросами, что, как правило, приводит к путанице, незаконному затягиванию дебатов или предвзятости к оппоненту. Некоторые юристы называют такую обоснованность логической, в то время как недостаточная доказательная сила называется юридической обоснованностью. Для цели этого пособия лучше всего ограничить употребление термина «обоснованность» ситуациями, в которых трибунал исключает доказательства, поскольку они не имеют отношения к вопросам, которые необходимо установить.⁵⁶ Следует понимать разницу между логической обоснованностью и юридической обоснованностью, и эти два термина необходимо различать.

Доказательство считается обоснованным, если оно помогает при определении ответов на вопросы, которые должны быть предусмотрены в решении. Таким образом, доказательство является обоснованным, если оно может доказать или опровергнуть дело, или если оно может обоснованно и справедливо повлиять на мнение члена трибунала о рассматриваемом вопросе.⁵⁷ Трибунал не должен сосредотачиваться на доказательствах, которые не решают рассматриваемый вопрос.

Таким образом, основной задачей перед оценкой/поиском доказательств является определение вопросов жалобы, которые требуется доказать. Вопросы должны быть как можно более конкретными. Вместо того чтобы сосредоточиться на общих вопросах, таких как «законность способа закупок», трибунал должен сосредоточить внимание на подробностях дела и задавать вопросы, связанные с обстоятельствами дела. По существу, вопросы определяют правовые рамки, определяющие правовые предпосылки. Более того, факты, которые требуется доказать, станут понятными, и будет проведен поиск необходимых доказательств.

Примеры

1. «Допустимо ли объявлять закрытый тендер с 10-ти дневным периодом на предоставление тендерных предложений?»
Трибунал должен найти доказательства по типу фактически проводимой процедуры закупки и лимит времени для представления тендеров. На вопрос можно ответить, посмотрев на опубликованное объявление и документацию тендера.
2. «Должно ли быть опубликовано уведомление о проведении тендера?»
Трибунал должен определить тип процедуры закупки и примерную стоимость контракта. Кроме того, трибуналу, возможно, придется определить освобождения от обязанности применять правила закупок. Например, техническая исключительность, которую закупающий орган должен будет доказать.
3. «Что является соответствующим техническим критерием для предоставления услуг по безопасности?»
Трибунал должен рассмотреть контрактные документы, а также, возможно, законы и подзаконные акты, касающиеся услуг безопасности.
4. «Каковы формальные критерии соответствия представленных документов?»
Закупающий орган должен оценить соответствие тендерных документов закону и тендерным документам. Таким образом, доказательством будут тендерные документы."

54 Patrice Garant and Philippe Garant; *The Tribunal Proceedings Relating to Employment Insurance*, 2001, Глава 3.5.
http://www.oe-ei.gc.ca/eng/board/tribunal/chapter_3-5.shtml

55 ЕКПЧ дело суда – *Domba Beheer BV v. The Netherlands*, решение от 27 октября 1993.

56 Patrice Garant and Philippe Garant; *The Tribunal Proceedings Relating to Employment Insurance*, 2001, Глава 3.5.
http://www.oe-ei.gc.ca/eng/board/tribunal/chapter_3-5.shtml

57 *A Manual for Ontario Adjudicators, Society for Ontario Adjudicators and Regulators*, 2000, cnp. 105.

4.6 Получение доказательств

Перед вынесением решения трибунал обязан четко установить все факты по делу. Поскольку трибунал выполняет следственную роль в ходе производства по пересмотру, он не может принимать решение, опираясь только на доказательства, представленные сторонами. Трибунал должен принимать активное участие в получении доказательств, если того требует ситуация. Трибунал может получать доказательства из разных источников, включая заявителя, закупающий орган и/или своими силами.

4.6.1 Доказательства, полученные от заявителя

Трибунал должен выносить свое решение на основании информации и доказательств, содержащихся в жалобе.

Заявитель обязан предоставить все основания оспаривания решения закупающего органа в своем возращении. Тем не менее, если заявитель представит любую новую информацию к своей жалобе, которая не может быть включена в возражение, трибунал обязан принять ее во внимание. Несмотря на то, что это может неблагоприятно сказаться на экономичности процесса производства по пересмотру решения о государственной закупке. Предсказуемость системы пересмотра также может пострадать, поскольку, закупающий орган мог бы принять решение в пользу заявителя, если бы располагал указанной новой информацией. Также это может препятствовать закупающему органу в процессе принятия решения, если его решение пересматривается не на основании допущенной ошибки, а в связи с вновь выявленными данными. Важно отметить, что пересмотр дела по сути в ходе производства в порядке пересмотра подразумевает повторное рассмотрение первоначального решения закупающего органа, а не пересмотр обоснованности его действий.⁵⁸ При этом, трибунал обязан оценивать только новую информацию, которую заявитель по объективным причинам не мог представить ранее в своем возращении. Истец не может иметь полный доступ к информации о процедуре закупки, которая включает данные о других поданных тендерах. Это может иметь решающее значение в случаях, когда истец требует отклонения других тендерных предложений. Таким образом, трибунал не может ожидать от истца предоставления исчерпывающей информации и может запросить недостающую информацию от закупающего органа.

Наиболее распространенным доказательством, получаемым от заявителя, является тендерная заявка и иная тендерная документация, если заявитель ей располагает. Также заявитель может представить экспертные заключения, описания рыночной практики в конкретной отрасли, технические исследования, информацию о предыдущих закупках на похожие предметы тендера или юридический анализ положений соответствующего законодательства о закупках. Кроме того, заявитель также может предоставить документацию, которая подавалась вместе с заявлением в адрес закупающего органа, а также ответ закупающего органа на заявление. Исключением являются жалобы на закупки в порядке уступки. Заявитель может обратиться к трибуналу, с просьбой не разглашать определенные доказательства третьим лицам, однако, они должны являться органами государственной власти. Трибунал должен сделать все возможное для получения доказательств по делу в случаях, когда заявитель не имеет возможности, права и полномочий на их получение, или в их предоставлении был получен отказ от органа государственной власти. Важно отметить, что трибунал запрашивает дополнительные документы только в том случае, если считает их доказательствами по данному делу.

4.6.2 Доказательства, полученные от закупающего органа

После подачи жалобы в трибунал и закупающий орган, закупающий орган должен предоставить трибуналу всю тендерную документацию. Эти материалы представляют собой первоначальную базу для пересмотра трибуналом дела заявителя.⁵⁹

По требованию трибунала закупающий орган обязан предоставить трибуналу всю тендерную документацию и свой ответ на поданную жалобу. Объем документации, которую закупающий орган обязан предоставить трибуналу, устанавливается законом. Важно отметить, что закупающий орган обязан в предоставленные трибуналу материалы, включить всю информацию, на основании которой он вынес свое решение - предмета пересмотра. Подобно заявителю, закупающий орган может подавать другие документальные свидетельства для подтверждения своих аргументов.

⁵⁸ Administrative Review Council, *Better Decisions: review of Commonwealth Merits Review Tribunals*, Report 39, 1995, p. 42. Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.

⁵⁹ Administrative Review Council, *Better Decisions: review of Commonwealth Merits Review Tribunals*, Report 39, 1995, p. 39. Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.

4.6.3 Доказательства, полученные трибуналом

Помимо доказательств, представленных сторонами процедуры пересмотра, трибунал обязан получать доказательства (если это возможно) с платформы eProcurement, которая предоставляет членам трибунала доступ ко всей тендерной документации, поданной участниками тендера, а также оценочным решениям и рекомендациям закупающего органа.

После оценки доказательств, представленных заявителем и закупающим органом, трибуналу может понадобиться дополнительная информация, чтобы принять решение по существу жалобы и установить факты жалобы. В таком случае он может запросить экспертные заключения или заключения государственных/местных органов власти, чтобы оценить особенности тендера, в частности, экономические и технические критерии или условия.

Трибунал должен воздержаться от получения доказательств в ходе частных встреч с одной из сторон, без присутствия другой стороны. Однако, в некоторых случаях, при необходимости провести более глубокое расследование или рассмотреть сложную процедуру закупки, может быть целесообразным посетить закупающий органа по месту его нахождения для получения документальных доказательств. Например, в случаях, если закупающий орган отказывается предоставить запрашиваемые документы. Письменные протоколы, а также копии документов, полученные в ходе таких посещений, должны быть доступны для заявителя. Трибунал должен всегда помнить о правилах прозрачности при получении доказательств. Как пояснялось ранее, трибунал имеет право потребовать объяснений и информацию от любого органа центральной или местной власти, а также получать любые документы или доказательства, связанные с административным разбирательством. При получении доказательств всегда необходимо помнить об их допустимости.

4.7 Разглашение доказательств

Как правило, при проведении трибунала стороны имеют право доступа к материалам дела по пересмотру, за исключением конфиденциальной информации. Статья 6 ЕКПЧ требует раскрытия всех доказательств в процессе пересмотра и предоставляет право всем сторонам высказаться за/против обнаруженных доказательств. С другой стороны, статья 8 ЕКПЧ защищает коммерческие секреты, которые могут быть нераскрыты судом.⁶⁰

Тем не менее, трибунал обязан раскрывать сторонам доказательства, которые были получены или были предоставлены трибуналу, если таким образом были получены факты, на последующей оценке которых, основано решение. Трибунал может предварительно выбрать, какие документы разглашать полностью, а какие отдельными фрагментами. В случае принятия трибуналом решения о разглашении доказательств, он обязан соответствующим образом защитить конфиденциальную информацию, которая не может быть разглашена сторонам. К конфиденциальным данным относятся персональные данные, государственная тайна, и коммерческие секреты, предоставленные заявителем или закупающим органом. Личные данные и государственная тайна не очень часто используются в качестве доказательства в практике процедур обжалования, таким образом, члены трибунала должны, в основном, сосредоточить свое внимание на защите коммерческих секретов, которые квалифицируются, как конфиденциальная информация.

4.8 Вес и оценка доказательств

Доказательства должны быть тщательно проанализированы и оценены, чтобы определить, есть ли какие-либо несоответствия по существу. Важно проверить, откуда происходят доказательства, откуда они поступили (подлинность) и являются ли они свидетельством того, о чем они заявляют (точность). Как правило, доказательства, полученные от заявителя, и доказательства, представленные закупающим органом, должны оцениваться единообразно, справедливо и прозрачно. Оценка совокупности доказательств предполагает применение логики, здравого смысла и опыта.

⁶⁰ Решение Европейского суда от 14 февраля 2008, Varec (C-450/06, ECR 2008, стр. I-581)

Как только трибунал собрал доказательства, он должен извлечь факты из собранных доказательств. Вопрос, который предстоит решить, заключается в том, может ли трибунал, на основании логичных доказательств, обоснованно определить, что конкретный факт, по всей вероятности, не является верным.⁶¹ Если конкретный факт имеет значительное влияние на окончательное решение, то для его доказательства могут потребоваться дополнительные доказательства. Вес доказательств определяется с учетом всех обстоятельств/доказательств конкретного дела. Трибунал должен оценивать доказательства, полученные от заявителя, закупающего органа или самим трибуналом. Исходя из природы процедуры пересмотра, заявления сторон являются всегда противоречивыми и, таким образом, трибуналу необходимо взвешивать доказательства для того, чтобы решить, какие факты следует принять.

Пример

Заявитель утверждает, что квалификационные критерии носят дискриминационный характер, при этом закупающий орган утверждает, что квалификационные критерии отвечают требованиям законодательства, и именно такая квалификация необходима для поставки товаров или услуг. Если заявитель предоставляет анализ рынка или экспертное заключение, показывающие, что только один или два участника рынка отвечают требуемым критериям, в то время как другие предприятия, занимающиеся оказанием услуг, являющихся предметом тендера, могут предоставить такие услуги, не отвечая указанным критериям. В то же время закупающий орган пытается опровергнуть эти доказательства своим заявлением, доказательствам первой стороны следует придавать больший вес.

При этом, не следует забывать, что анализы рынка также могут быть предвзятыми. Поэтому трибуналу надо будет учитывать ряд факторов при оценке доказательств. К таким факторам относятся анализы рынка, например, квалификация и репутация автора анализа рынка, факты и исследования, на которых основан такой анализ рынка, определение рынка и его применимость к рассматриваемой отрасли и т.д. При оценке доказательств трибунал обязан иметь в виду такие основополагающие принципы закупок, как прозрачность, отсутствие дискриминации, пропорциональность, равноправное отношение и обязанность надлежащего применения законодательства в сфере закупок. К остальным факторам, которые следует учитывать, относятся следующие:

- Дата формирования доказательства. Является ли доказательство применимым и обоснованным? – Например, доказательства относительно предыдущей рыночной практики в данной отрасли.
- Источник доказательства. Заявитель, закупающий орган, третьи лица.
- Квалификация/опыт источника доказательств, знание предмета обсуждения. Какое у него/нее образование и является ли доказательство обоснованным. Например, заключение органа государственной власти или профессионала в конкретной области.
- Репутация автора. Предыдущие отношения с автором и его/ее положение на рынке.
- Потенциальная предвзятость автора. Его/ее отношения со сторонами процесса.
- Информация, на которой основан документ. Отображает ли документ информацию по рассматриваемому делу? Актуальна ли информация? Полная ли информация или какая-то информация отсутствует?
- Совместимость документа с иными доказательствами по делу. Соответствует ли документ фактам, ранее установленным трибуналом?
- Источник информации автора. Ссылки и т.д.
- Возможность изучения. Может ли трибунал задать автору вопросы, чтобы проверить некоторую информацию/полученные сведения?
- Общий «тон» документа. Является ли он беспристрастным?

61 Decision Making: Evidence, Facts and Findings, Best-practice guide 3, Administrative Review Council, August 2007. p. 7-8. Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.

- Насколько документ основан на личном мнении? Содержит ли документ какие-либо факты или это просто чье-то мнение?
- Насколько документ основан на реальных фактах. Можно ли проверить полученные сведения? Например, если закупочный орган утверждает, что дискриминация отсутствует, такое утверждение должно быть основано на каких-либо фактах.
- Цель составления документа. Существовало ли данное заключение до возникновения спора, или документ был подготовлен исключительно в целях процедуры пересмотра?
- Сравнение документа с известным подлинным документом. Сравнение с другими существующими документами аналогичной тематики.⁶²

4.9 Допустимость доказательств

Вопрос о том, являются ли доказательства допустимыми или обоснованными можно рассматривать как общий вопрос справедливости. Каждая из сторон должна иметь равные возможности для представления доказательств, и трибунал не может не признать доказательства одной из сторон, с целью наказать ее за задержку информации.⁶³ Если трибунал признает доказательства одной из сторон, он должен позволить другой стороне представить соответствующие доказательства для опровержения.⁶⁴ Допустимость часто путают с обоснованностью. Не все обоснованные доказательства являются допустимыми. Тем не менее, трибунал может рассмотреть доказательства, которые являются не только обоснованными, но и надежными, и нет никаких причин считать несправедливым, представить их трибуналу. Таким образом, информация должна быть приемлемой. Вкратце, допустимость определяется согласно правилам доказывания.⁶⁵

В ходе процедуры пересмотра государственных закупок, вопрос о допустимости доказательств может возникнуть в отношении показаний, основанных на слухах. Слухи могут быть определены, как констатация фактов или событий, основанных на сообщениях или записях, которые человек слышал, читал или видел по телевизору.⁶⁶ Например, предполагаемые манипуляции закупочного органа квалификационными требованиями в пользу одного конкретного участника тендера – является обоснованными по делу. Трибунал должен тщательно оценить такое голословное утверждение, задавая вопросы, перечисленные в предыдущей главе. Кроме того, доказательства могут быть отклонены, если они были получены незаконным или неправомерным путем. Может ли быть использовано доказательство, полученное незаконно или неправомерно, является вопросом национального законодательства.

4.10 Бремя доказывания

Установление фактов – задача сторон процесса, а трибунал должен основывать свое решение на фактах, представленных сторонами (т.е. заявителем и закупочным органом). Именно стороны утверждают факты и доказывают их, поскольку на них лежит обязанность - бремя доказывания. Однако, это означает только то, что стороны обязаны представить обоснованные доказательства трибуналу, исходя из которых трибунал должен выносить свое решение.

На теоретическом уровне существуют различия между, во-первых, фактами, во-вторых, доказательствами или свидетельствами, и в-третьих, законом. Под фактами понимаются человеческие поступки, социальные события или природные явления, относительно которых законом предусмотрены правовые последствия. Каждая сторона обязана

62 *Weighting Evidence, Legal Services, Immigration and Refugee Board, 2003, Chapter 5.1., адаптированного для целей этого пособия.*

63 *Patrice Garant and Philippe Garant; The Tribunal Proceedings Relating to Employment Insurance, 2001, Chapter 3. http://www.oe-ei.gc.ca/eng/board/tribunal/chapter_3.shtml.*

64 *Patrice Garant and Philippe Garant; The Tribunal Proceedings Relating to Employment Insurance, 2001, Chapter 3. http://www.oe-ei.gc.ca/eng/board/tribunal/chapter_3.shtml.*

65 *A Manual for Ontario Adjudicators, Society for Ontario Adjudicators and Regulators, 2000, p. 105.*

66 *Patrice Garant and Philippe Garant; The Tribunal Proceedings Relating to Employment Insurance, 2001, Chapter 3.3.6. http://www.oe-ei.gc.ca/eng/board/tribunal/chapter_3-3-6.shtml*

излагать факты, на которых основаны их требования или защита. Сторона должна представить доказательства этих фактов или указать, откуда могут быть получены доказательства. Это демонстрирует сущность «факта» и его отличие от доказательства или свидетельства. Норма права – любая норма права – должна исходить из факта или совокупности фактов.

Как правило, в административном процессе, заявитель должен иметь возможность доказать свою правоту. Заявитель не только имеет обязанность представить факты, на которых основаны его требования, но и обязан доказать факты, которые подтверждают его требование. С другой стороны, если закупочный орган не согласен с позицией заявителя, он должен доказать справедливость своей позиции. Таким образом, бремя доказывания может переходить от одной стороны к другой. На стороне, которая имеет доступ к доказательствам, лежит бремя доказать их трибуналу. Трибунал может также обязать стороны представить эти доказательства.

На практике это означает, что, несмотря на то, что трибунал обязан устанавливать, были ли условия тендера дискриминационными или были ли нарушены правила процедуры проведения тендера, заявитель должен представить доказательства в обоснование своих требований. Особенно это проявляется, когда заявитель утверждает, что рыночная практика доказывает, что условия тендера, установленные закупочным органом, нарушают правила закупок. С другой стороны, формальные нарушения, такие как предоставления тендерной документации, в требуемом формате, или не предоставление необходимых документов, менее нуждаются в дополнительных доказательствах и в большей степени базируются на оценке формальных доказательств - правил закупок и условий тендера. Трибунал может отдельно запросить экспертную оценку, чтобы получить необходимые факты технического характера.

Примеры

1. *Критерий присуждения одного контракта, вероятно, относится к положению, в контрактных документах, которого не существует.*

Трибунал должен спросить закупочный орган, где находится данное положение.

2. *Истец утверждает, что цены, представленные в выбранном закупочным органом тендерном предложении, слишком низкие. Контракт является договором подряда.*

Трибунал должен проконсультироваться с экспертом, являются ли цены заниженными.

3. *Закупочный орган отклонил тендер заявителя. Закупочный орган сообщил истцу об отказе вместе с уведомлением, что он намерен заключить контракт с другим участником тендера. Истец хочет, чтобы трибунал отменил отказ. Истец обнаруживает, что он забыл подать заявку на отмену решения о присуждении контракта по истечении срока для такой жалобы. Заявитель обращается за восстановлением первоначального положения и заявляет об ошибке секретаря, который послал неверный документ. Правильный документ существовал. Заявитель утверждает, что он не только отправил заявку в бумажном варианте, но также отсканировал документы и отправил в электронном виде.*

Трибунал рассматривает документ в формате PDF и считает, что он не был произведен с помощью сканера, а с помощью текстового процессора. Таким образом, в то время когда истец принес первоначальное заявление, документа, содержащего правильную заявку, еще не существовало.

4. *Закупочный орган выполняет процедуры закупки военной маскировки. Вместе с тендерными предложениями, участники тендеров должны были представить образец их военной маскировки. Закупочный орган отклонил тендер истца, поскольку образец плавился при более низкой температуре, чем указано в договорных документах. Соответствующая температура была 40°C.*

Трибунал поставил образец на определенный источник тепла чтобы определить, что маскировка не плавится при более низкой температуре, как было указано в документе.

4.11 Выводы

Главным результатом работы каждого трибунала по пересмотру закупок является предоставление истцу закупающей компании и любой другой стороне обоснованного решения. Принятым методом вынесения решения является получение ясного и четкого заключения на основании представленных доказательств, устанавливающих факты. Поскольку заключение должно вытекать из доказательств, трибунал должен активно собирать и оценивать все имеющиеся доказательства. Является важным, что трибунал определяет типы имеющихся доказательств, из каких источников они могут быть получены и каким образом защищены.

Доказательства могут быть широко разделены на документальные, свидетельские или косвенные. В частности, доказательства, которые представляются в трибунал для рассмотрения, в основном состоят из документальных свидетельств, таких как письменные заявления и документы, связанные с подготовкой и предоставлением тендера. Свидетельские показания имеют ряд преимуществ и являются предпочтительными, в случае решения трибунала напрямую опросить стороны, свидетелей или экспертов на устном разбирательстве. При этом доказательства могут быть прямыми, и включают в себя письменную документацию и материальные доказательства по тендеру, непосредственно связанные с тем, что одна из сторон по делу желает продемонстрировать членам трибунала. С другой стороны, доказательства могут быть непрямыми и, в контексте трибуналов, в основном состоят из свидетельских и письменных показаний, которые используются для предположения о том, что одна из сторон по делу подразумевает и желает продемонстрировать членам трибунала. Непрямые доказательства включают слухи и косвенные доказательства (использование сведений о времени, месте, или людях для предположения о факте или событии), свидетельства аналогичных фактов (представление фактов или ситуаций, которые сопоставимы с оспариваемым фактом), а также фактические презумпции.

Несмотря на то, что в некоторых случаях доказательств очень много, и все они рассматриваются сторонами процесса как основной метод для подтверждения своей правоты, они должны быть обоснованными, чтобы быть допущенными к производству, и вопрос обоснованности является решением трибунала. Другими словами, трибуналом должны быть рассмотрены все доказательства, прямо или косвенно относящиеся к факту или вопросу, который необходимо определить и который приведет рассмотрение к логическому завершению. Однако, обоснованность не следует путать с допустимостью - не все доказательства, которые являются обоснованными, являются допустимыми. Вопрос трибунала по определению является ли доказательство допустимым или обоснованным может рассматриваться с позиции общей справедливости. Если трибунал признает доказательства одной из сторон, он должен позволить другой стороне представить соответствующие доказательства для опротестовывания их. Иными словами, допустимость определяется согласно правилам доказывания.

Так как трибунал является следственным органом, он должен устанавливать факты по делу и может принимать решение, не только исходя из представленных сторонами доказательств. Соответственно, высокопрофессиональные трибуналы будут принимать активную роль в получении дополнительных доказательств через доступные источники, которые могут включать истца, закупающий орган, а также собственные усилия трибунала. Установление фактов является прерогативой сторон, и трибунал должен обосновать свои решения на основе фактов, представленных сторонами. Важно принимать во внимание, что стороны должны устанавливать факты и доказывать их, поскольку на них лежит бремя доказывания. В общем, истец должен иметь возможность доказать свою правоту, и обязан представить и доказать факты, на которых основывается иск. И наоборот, если закупающий орган не согласен с позицией истца, он должен доказать справедливость своей позиции, таким образом, бремя доказывания может переходить от одной стороны к другой. В связи с чем в некоторых сложных случаях пересмотра закупок трибуналом возникают большие объемы доказательств, которые должны быть проанализированы и оценены для определения конфликтующих утверждений относительно существенных фактов.

Стороны, занятые в производстве, имеют право на доступ к материалам дела трибунала в процедурах пересмотра, за исключением конфиденциальной информации, и трибунал обязан раскрывать сторонам доказательства, относящиеся к делу, если он намерен устанавливать факты и основывать свое решение, исходя из этих доказательств. В противовес этому требованию, трибунал должен также защитить информацию, которая считается «чувствительной» по своей природе. Противостояние этих двух положений отражается в статье 6 ЕКПЧ, которая требует раскрытия всех доказательств, и предоставление права всем сторонам давать показания за / против таких доказательств, а статья 8 ЕКПЧ, наоборот, защищает коммерческие тайны, которые могут храниться нераскрытыми в суде. Эти конфликтующие положения исторически обусловили некоторые трения и несколько натянутые отношения между сторонами по производству и трибуналом, и как раз на темы защиты и раскрытия конфиденциальной информации, мы обратим наше внимание в следующей главе.

Защита конфиденциальной информации

5.1 Обзор

Защита конфиденциальной информации и применение методов для определения информации, как конфиденциальной, является основным требованием каждого закупającego органа и трибунала по пересмотру в сфере государственных закупок. В этой главе рассматривается защита конфиденциальной информации и методы, применяемые для определения конфиденциальной информации, в частности, тест на конфиденциальность. Кроме того, подробно рассматриваются виды конфиденциальной и не конфиденциальной информации, доступ к ней и обеспечение безопасности конфиденциальной информации. Чтобы более подробно рассмотреть проблематику ситуаций, с которыми члены трибунала сталкиваются при выявлении конфиденциальной информации, приведены несколько примеров судебной практики, в которых применяется тест на конфиденциальность для ряда практических сценариев проведения государственных закупок. Чтобы поместить эту тему в общий контекст, глава начинается с изучения роли трибунала по защите конфиденциальной информации. В настоящей главе рассматриваются следующие понятия: защита конфиденциальной информации в процедурах пересмотра; способы определения информации как конфиденциальной; тест на конфиденциальность; основные типы конфиденциальной и не конфиденциальной информации при проведении государственных закупок; доступ к конфиденциальной информации, а также обеспечение физической безопасности конфиденциальной информации. Кроме того, в главе представлены несколько примеров судебной практики по применению тестов на конфиденциальность.

5.2 Конфиденциальная информация и роль трибунала

В ходе процедуры по пересмотру решения о закупке трибунал несет ответственность за защиту конфиденциальной информации. Сюда можно отнести информацию об отдельных лицах, общественных интересах, или стратегическую информацию, которая связана с коммерческими интересами закупającego органов или участников тендеров. Эта глава посвящена коммерческой конфиденциальной информации, которую должен защищать трибунал в силу того, что этого требует закон или потому что она была обозначена как конфиденциальная («конфиденциальная информация») любой стороной, участвующей в процессе.

Обязанность трибунала защищать конфиденциальную информацию означает, что при рассмотрении жалоб и анализе тендерной документации, в том числе поданных тендерных заявок и информации, предоставляемой закупającym органом, а также других документальных доказательств, трибунал должен быть в состоянии определить, какая информация является конфиденциальной и соответствующим образом относиться к такой информации. Другими словами, трибунал должен не разглашать конфиденциальную информацию, он должен обеспечивать фактическую безопасность документов или ограничить доступ к конфиденциальным документам посторонних лиц. Следующие примеры показывают, что может произойти, если трибунал не сможет защитить конфиденциальную информацию.

Примеры

1. Если трибунал не сможет защитить конфиденциальную информацию, роль закупających органов, как покупателей, может быть скомпрометирована. Поставщики в будущем могут отказать в предоставлении конфиденциальной информации в ущерб процессу закупки, также может быть подорвана способность закупającego органа эффективно вести переговоры, чтобы обеспечить наилучшее соотношение «цены и качества».⁶⁷
2. Кроме того, если трибунал не может защитить конфиденциальную информацию, субъекты экономической деятельности могут получить сведения о деловой практике своих конкурентов. Это, в свою очередь, может привести к дисбалансу честной конкуренции на рынке.

67 Freedom of Information Act (Civil Procurement) Policy and Guidance, Office of Government Commerce, 2008, p. 9.

3. Более того, когда трибунал пересматривает процедуру проведения тендера, по которой еще не окончен переговорный процесс, он обязан сохранять имена участников тендера в тайне до тех пор, пока закупаящий орган не выдаст заключение о присуждении контракта. Это позволит избежать скрытых договоренностей между участниками тендера, которые являются невыгодными для закупящего органа. В противном случае закупаящий орган не может продолжать процедуру без риска, что он не сможет достичь наилучшего результата в ходе переговоров.

Защита конфиденциальной информации может стать особенно важным вопросом относительно подготовки решений и их публикации на веб-сайте трибунала. При подготовке решения члены трибунала должны помнить, какую информацию, предоставленную трибуналу, можно разглашать третьим лицам и, следовательно, можно указывать в решении. Может сложиться такая ситуация, когда определенная информация будет изложена в варианте решения трибунала для сторон процедуры пересмотра, но должна быть удалена из варианта для публикации в интернете. Такая ситуация может возникнуть тогда, когда стороны соглашались разглашать конфиденциальную информацию другой стороне процедуры пересмотра, но не третьей стороне. Трибунал должен соблюдать принцип справедливого судебного разбирательства, который требует, чтобы вся информация, основанная на обстоятельствах дела, доводилась до сведения сторон. Это не означает, что вся информация будет или должна быть разглашена общественности.

В контексте процедуры пересмотра конфиденциальная информация может включать информацию:

- Подготовленную участниками тендеров для заявки. Например, информация о безопасной инфраструктуре.
- О калькуляции тендеров. Например, цены по позициям спецификаций договора на выполнение работ.
- Представляющую собой часть тендерной заявки. Например, подробности оригинальной коммерческой методики.
- Содержащуюся в контракте. Например, спецификации помещения режимной организации, классифицированного, как объект национальной безопасности.⁶⁸

5.3 Какая информация является конфиденциальной?

Информации может присваиваться статус конфиденциальной:

- По требованию закона
- По определению трибунала
- По определению закупящего органа, участника тендера или заявителя⁶⁹

5.3.1 Конфиденциальная информация – по требованию закона

Некоторые государства предусмотрели в своем законодательстве обязательство трибуналов защищать информацию, конфиденциальную для государственных органов, разглашение которой может противоречить государственным интересам.⁷⁰ Информация, обозначенная законом конфиденциальной, – это информация с классификацией «государственная тайна» или «личные данные».

5.3.1.1 Государственная тайна

Законодательство определяет категории информации, которые могут быть отнесены к государственной тайне и может требовать, чтобы информация была классифицирована, как государственная тайна. Однако, эта информация должна быть классифицирована в соответствии с законом, исходя из соображений национальной безопасности. Интересы, касающиеся национальной безопасности, включают в себя: независимость, территориальную целостность, конституционный строй и

⁶⁸ *Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3, Commonwealth of Australia, 2007, cmp. 8*
Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.

⁶⁹ *Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3, Commonwealth of Australia, 2007, cmp. 8*
Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.

⁷⁰ В Австрии, например, есть закон и норма, определяющая засекреченную информацию, а также различные уровни защиты этой информации и меры по ее защите.

внешние связи. Национальное регулирование может обеспечивать различные уровни защиты информации. Например, «ограниченный доступ», «конфиденциально», «секретно» или «совершенно секретно». Трибунал должен учитывать правила безопасности, определенные для соответствующей информации. Однако существуют категории информации, которые не могут быть отнесены к государственной тайне по причинам того, что такая информация является важной для общественных интересов.

Эти причины включают в себя:

- Укрывание нарушений закона, неэффективности или ошибки органов управления
- Лишение лица, организации или учреждения права на информацию
- Воспрепятствование или задержка предоставления информации, которая не требует защиты в интересах национальной безопасности

5.3.1.2 Личные данные

Члены трибунала могут обращаться к закону о защите личных данных при работе с определенными «конфиденциальными данными» в ходе процедуры пересмотра. Закон определяет, что конфиденциальные данные - это любая часть информации, связанная с физическим лицом, относительно его расовой или этнической принадлежности, политических убеждений, членства в профсоюзах, религиозных или философских убеждений, уголовного преследования, а также данные о здоровье и сексуальной жизни. С личными данными необходимо обращаться в соответствии с законом о защите личных данных. Учитывая тот факт, что решения трибунала публикуются, личные данные, которые содержатся в решении, должны быть опущены в опубликованной версии решения.

5.3.2 Конфиденциальная информация – по определению трибунала

Когда трибунал анализирует документы по делу, которые включают в себя информацию, предоставленную закупавшим органом и участниками тендера, трибунал может обнаружить, что некоторая информация является конфиденциальной, хотя она не была обозначена таковой любой из участвующих сторон. Чтобы определить конфиденциальность, трибунал должен провести тест на конфиденциальность.

5.3.3 Конфиденциальная информация – отнесенная к таковой третьими лицами

Как правило, заявитель, закупавший орган или любая другая сторона процесса по пересмотру относят свои коммерческие секреты к конфиденциальной информации. Коммерческие секреты попадают под действие Статьи 8 ЕКПЧ, что упрощает неразглашение в соответствии со статьёй 6 ЕКПЧ, так как становится возможным сбалансировать два основополагающих права на одном уровне.

Информация, которая должна быть раскрыта в силу закона или связана с нарушением закона (-ов), добросовестной деловой практики и принципов деловой этики, не будет рассматриваться как коммерческая тайна. Разглашение информации может быть правомерным, если предназначением является защита общественных интересов. Другие основные категории конфиденциальной информации затрагивают права на интеллектуальную собственность, например, авторские права, патенты, лицензии. Защита честной конкуренции может потребовать защиты коммерческих секретов, так как одна из сторон процедуры пересмотра, которая является субъектом экономической деятельности, может попытаться получить информацию о торговле конкурента на том же рынке и получить коммерческое / конкурентное преимущество.

Трибунал должен оценивать в каждом конкретном случае индивидуально, является ли оправданным отнесение информации к конфиденциальной закупавшим органом или заявителем. При принятии решения относительно конфиденциальности информации, трибунал не должен зависеть от решений по вопросу конфиденциальности, принятых

в ходе других процедур пересмотра.⁷¹ Даже, если закупаящий орган относит информацию к конфиденциальной, трибунал имеет право прийти к иному выводу. Для трибунала важно определить, какая информация является конфиденциальной. По этой причине, трибунал должен провести тест на конфиденциальность.

5.3.4 Тест на конфиденциальность

Тест на конфиденциальность состоит из четырех критериев, основанных на правовых принципах, которые необходимо соблюдать, чтобы определить, является ли информация заявителя/закупающего органа конфиденциальной.

Критерий 1: Информация, подлежащая защите, должна быть особым образом идентифицирована

Трибунал должен рассмотреть, какая конкретная информация, если таковая имеется, на законных основаниях подлежит защите от разглашения. Требование о включении того или иного положения в договор, который гласит, что вся информация является конфиденциальной, не проходит этот тест.

Примеры

1. Индивидуальные элементы информации, такие, как ценообразование, должны рассматриваться отдельно. Эти элементы обычно рассматриваются как конфиденциальные.

Кроме того, информация должна быть последовательно определена как конфиденциальная. Информация, которая уже была разглашена как часть тендерной документации или информация, которая доступна общественности (торговые реестры), не может быть классифицирована как конфиденциальная в ходе процедуры пересмотра. И наоборот, даже оценочная стоимость контракта может быть защищена от разглашения, но участник тендера все равно должны будут подготовить свои тендеры и провести переговоры с закупаящим органом.

2. Закупающий орган закупает электронную систему для централизации внутренней коммуникации в университете. Система должна быть способной иметь дело со всеми типами связи, включая телефонию, электронную почту и телефакс. Эта система должна включать телефонную книгу и программный модуль для Microsoft Outlook, чтобы позволить пользователю совершать телефонные звонки с помощью этой телефонной книги. Тендерная документация содержит перечень аппаратного и программного обеспечения, используемые закупаящим органом, для того чтобы предоставить информацию о доступных технических ресурсах и для того чтобы указать, на каких системах должен быть применен программный модуль.⁷² Трибунал не может разглашать информацию по аппаратному и программному обеспечению закупаящего органа, поскольку она уже была опубликована в контрактной документации.

Критерий 2: Информация должна быть коммерчески «чувствительной» и не должна быть общеизвестна или проверяема

Специальная информация должна быть коммерчески «чувствительной» и не должна быть в открытом доступе. Требование стороны поддерживать конфиденциальность коммерческой информации должно быть подкреплено объективным основанием и доказательством того, что информация является чувствительной. Это может касаться планов строительства для оборудования или других технических секретов, которые участник тендера разглашает только закупаящему органу.

Пример

Участник тендера представляет технические планы для деталей, которые поставляются. Данный продукт был разработан участником тендера, который владеет патентами. Эта информация является коммерческой тайной.

Критерий 3: Разглашение нанесет значительный ущерб ее владельцу или другой стороне

⁷¹ *Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3, Commonwealth of Australia, 2007, cmp. 9.*
Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.

⁷² Пример взят из дела Федерального агентства по закупкам (BVA 22. 1. 2013, N/0114-BVA/07/2012-24).

Сторона, желающая отнести какую-либо информацию к конфиденциальной, как правило, будет пытаться идентифицировать реальный риск нанесения вреда коммерческим интересам в связи с ее разглашением, что приведет к необоснованному ущербу.

Пример

Раскрытие списка интернет-цен не причинит вреда владельцу. Однако раскрытие информации о ценах, которая показывает размер прибыли участника тендера, может оказать пагубное влияние. С другой стороны, может оказаться необходимым раскрыть эту информацию, если аномально низкие цены являются предметом процедуры пересмотра.

Критерий 4: Информация была предоставлена на основании договоренности о конфиденциальности

Этот критерий требует рассмотрения обстоятельств, в которых была предоставлена информация, и определения, было ли взаимное, явное или подразумеваемое понимание того, что конфиденциальность будет сохранена. Термины, содержащиеся в документации и проектах договоров, будут влиять на рассмотрение обстоятельств.

Пример

Запрос на тендер и проект контракта, которые содержат конкретные положения о конфиденциальности, будут поддерживать убежденность участника тендера в том, что закупающий орган согласился принять информацию с пониманием того, что она будет оставаться конфиденциальной.

Например, техническая документация, с подробным изложением конкретного метода производства или проекта концепции компьютерной программы, предоставляется с учетом предположения, что она будет рассматриваться как конфиденциальная информация.⁷³

5.4 Примеры конфиденциальной информации

К категориям информации, которые могут отвечать требованиям теста на конфиденциальность, относятся:

- Внутренняя информация о себестоимости или размерах прибыли
- Информация, являющаяся собственностью фирмы, например, информация о том, как реализуется определенное техническое или коммерческое решение
- Структуры цен / расценочные ведомости, если эта информация будет раскрывать, получил ли заявитель прибыль или понес убытки в связи с поставкой конкретного товара или услуги
- Информация, полученная от поставщиков, и не являющаяся общедоступной, например, информация о будущем продукте, планы исследований, финансовые детали
- Финансовые модели для комплексных работ и подробные модели того, как будет осуществляться управление движением денежной наличности для закупающего органа и поставщика в течение действия контракта
- Художественные, литературные или культурные секреты, включая фотоснимки, исторические рукописи или секреты туземных культур
- Интеллектуальная собственность, в том числе профессиональные тайны и другие объекты интеллектуальной собственности, если они касаются конкурентной позиции потенциального поставщика⁷⁴

⁷³ Критерии были взяты из – *Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3 Commonwealth of Australia, 2007, стр. 10. Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission, адаптированного для целей данного пособия.*

⁷⁴ *Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3, Commonwealth of Australia, 2007, стр. 114 (Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission) and Freedom of Information Act (Civil Procurement) Policy and Guidance, Office of Government Commerce, 2008, стр. 28-30, адаптированного для целей настоящего пособия.*

Другие категории информации, которые отвечают требованиям теста на конфиденциальность включают: торговые секреты и другие коммерчески чувствительные сведения, широко неизвестные на рынке, которые обеспечивают коммерческое преимущество, и разглашение которых может нанести ущерб участнику тендера или коммерческим интересам закупającego органа, и защищаются участником тендера, а также информацию, которую можно будет рассматривать как коммерческую тайну и, потому, можно квалифицировать как коммерчески чувствительную информацию. Участники тендера также могут обратиться за защитой другой коммерческой информации, например, плана будущих инвестиций участника тендера, а также интеллектуальной собственности или иной коммерчески чувствительной информации, принадлежащей государству.

В случае с интеллектуальной собственностью или другой коммерчески важной информацией, которая принадлежит государству, закупающий орган должен рассмотреть вопрос о целесообразности отнесения такой информации к конфиденциальной в отношении конкретной закупки. Если закупающий орган не делает этого, трибунал обязан защитить эту информацию, определив ее как конфиденциальную.

5.5 Информация, отнесенная к не конфиденциальной

Если вскрытие тендера проводится открыто для участников тендера и общественности, то озвученная информация не может рассматриваться как конфиденциальная.⁷⁵ Примеры коммерческой информации, которые, как правило, не будут считаться конфиденциальными включают:

- Информация, которую можно получить из широкодоступных источников
- Финансовые гарантии и гарантии исполнения
- Компенсации
- Общие цены
- Скидки, заранее оцененные убытки и компенсации
- Меры по исполнению
- Положения, которые описывают, как обращаться с правами интеллектуальной собственности
- Платежные договоренности⁷⁶

Тем не менее трибунал не должен рассматривать эти примеры как не конфиденциальные без проведения теста на конфиденциальность.

5.6 Как относить информацию к конфиденциальной?

В последнее время заявители и закупающие органы не классифицируют документы и информацию в качестве конфиденциальной, соответственно, возникает спорный вопрос, может ли трибунал разглашать эти документы и эту информацию. Трибуналу рекомендуется быть готовым к требованию обращаться с документами или информацией как с конфиденциальными и составить общие рекомендации по определению конфиденциальной информации для сторон процесса.

Например, трибунал может посоветовать сторонам процесса, что, если они хотят отметить определенную информацию как конфиденциальную, они должны подать трибуналу две версии – конфиденциальную версию и не конфиденциальную версию. Конфиденциальную версию, которая содержит всю информацию, в том числе конфиденциальную информацию, с пометкой «конфиденциально», и не конфиденциальную версию тех же документов, в которых конфиденциальная информация отсутствует. В конфиденциальной версии все конфиденциальные части документа должны быть обозначены с помощью теней,

⁷⁵ Если информация, содержащаяся в тендерах оценивается с применением критериев присуждения контракта, исходя из аспектов прозрачности, она должна быть озвучена при вскрытии тендера

⁷⁶ *Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3, Commonwealth of Australia, 2007, стр. 116 (Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission) and Freedom of Information Act (Civil Procurement) Policy and Guidance, Office of Government Commerce, 2008, стр. 28-30.*

жирного шрифта или квадратных скобок и т.д. Трибунал должен рассмотреть вопрос о подготовке и публикации примеров такой документации для участников тендеров, которым бы они следовали.

Кроме того, трибунал может отказать в присвоении статуса конфиденциальности, в целом или в какой-то части, если информация не прошла тест на конфиденциальность. Если трибунал примет такое решение, стороне, подающей эту информацию, будет предоставлена возможность отозвать документ или дать приемлемое объяснение того, почему присвоение такого статуса является необходимым. Если приводится адекватное объяснение, информация должна рассматриваться и храниться как конфиденциальная в административном файле дела трибунала. Если обоснование не является достаточным, и сторона не отзывает информацию/документ, такая информация может стать частью административной документации.

Тем более вероятно, что конфиденциальная информация и возможность присвоения ей статуса конфиденциальной будут уже предоставлены закупающему органу после подачи заявителем опровержения или заявки на тендер. Если закупающий орган соблюдает правило конфиденциальности, трибунал также будет соблюдать его и действовать соответствующим образом, чтобы защитить такую конфиденциальную информацию, если только эта информация не является решающей для результатов процедуры пересмотра.

5.7 Доступ к конфиденциальной информации

В соответствии с требованиями к конфиденциальной информации, такая информация не должна разглашаться третьим лицам, кроме членов трибунала, при условии, что ранее не поступило специальное разрешение от владельца или представителя, назначенного в соответствии с законодательством. Однако, это правило не распространяется на лиц, которые по закону обязаны хранить в тайне такую информацию, и на случаи, когда такое разглашение требуется законом. Специальное разрешение владельца информации на ее разглашение, очевидно, даст зеленый свет трибуналу.

Это средство может быть очень практичным, особенно в тех случаях, когда определенная информация должна быть раскрыта эксперту. Если трибунал назначает эксперта, это лицо становится органом трибунала. Таким образом, эксперт должен иметь право просмотреть все документы и иметь доступ ко всей информации, которая содержится в деле трибунала - даже к конфиденциальной информации. Будучи органом трибунала, эксперт должен быть обязанным хранить конфиденциальную информацию по процессуальному праву. Если эксперт не имеет обязательства сохранять информации конфиденциальной по закону, то целесообразным является составление соглашения о конфиденциальности. Если процедура пересмотра имеет следственный характер, то обязанность трибунала решить, какая информация должна быть раскрыта сторонам. В таких случаях трибунал должен применять тест на конфиденциальность и сопоставлять конфиденциальность с правами, вытекающими из принципов справедливого судебного разбирательства, упомянутые в первой главе.

Поэтому конфиденциальная информация должна быть визуальным образом отделена от других документов дела, и должна быть запечатана в конверте, помечена с помощью теневого или цветового редактора или иным образом выделена в документе. Если от трибунала требуется предоставить доступ к конфиденциальной информации, такое требование должно быть отклонено, пока лицо, запросившее такую информацию, не будет подпадать под исключения, указанные выше. Более того, ни один человек или организация не должны иметь доступ к делу по закупкам, за исключением случаев, когда член трибунала решает, что некоторые части дела могут быть раскрыты. Кроме того, конфиденциальная информация не должна содержаться в решении трибунала. Решение может ссылаться на конфиденциальную информацию, но ее содержание не должно быть раскрыто. Однако, неразглашение этой информации может нарушать принцип справедливого судебного разбирательства в контексте статьи 6 ЕКПЧ. Эта тема будет рассмотрена далее и более подробно на примерах судебной практики, представленных в конце этой главы.

В некоторых странах доступ к конфиденциальной информации может быть предоставлен адвокату сторон процесса, который также должен соблюдать обязательство о соблюдении профессиональной конфиденциальности, если он не находится в

деловых или правовых отношениях со сторонами (кроме предоставления конкретных юридических услуг), так как существует небольшая вероятность того, что адвокат может использовать эту информацию для своей выгоды или выгоды другой стороны. Тем не менее, использование этого права может рассматриваться как ограниченное, так как адвокату не разрешено разглашать информацию его / ее клиенту, а разрешено только полагаться на такую информацию в своих доводах. Важно отметить, что это может нарушить доверие между адвокатом и его клиентом. По этой причине, в большинстве стран адвокату предоставляется та же информация, которой владеет и клиент.

5.8 Безопасность информации

Физическая безопасность документов является важным аспектом для избежания утечек информации. Неуверенность в безопасности может отпугнуть участников тендеров или снизить детальность и объем предоставляемой ими информации, при этом оба эти последствия – имеют негативное влияние для закупающих органов.⁷⁷

Если трибунал не обладает мерами обеспечения безопасности и хранения материалов, это может привести к ряду проблем. Документы могут быть утеряны, что потребует от компаний, подавших их, предоставлять дополнительные копии документов, и может поставить под сомнение процессуальную деятельность и профессионализм трибунала. Другая проблема может возникнуть, если с документов, содержащих конфиденциальное коммерческое предложение, делаются копии, и не создается безопасная зона или файл для их хранения. В итоге невозможным может стать отслеживание документов и места их нахождения. Чтобы избежать вышеперечисленных ситуаций, трибунал должен устанавливать четкие меры физической защиты для обращения с документами, касающимися процедуры пересмотра. Должны применяться следующие правила:

- В ходе производства по пересмотру необходимо вести два отдельных дела – открытое и закрытое. В открытом деле не должно находиться документов, содержащих конфиденциальную информацию,⁷⁸ а если дело одно, конфиденциальные документы должны быть отдельно запечатаны в конверт. В случае если стороны имеют право ознакомиться с различными частями конфиденциальных документов, необходимо использовать несколько конвертов.
- Доступ к документам должен быть ограничен, с доступом только для уполномоченных сотрудников.
- Трибунал должен обеспечить такой режим документооборота, который не допускал бы вынос документов или копий из помещений трибунала.⁷⁹
- Должны вестись записи о доступе к документам, содержащим конфиденциальную информацию.

Должно быть рассмотрено внедрение мер электронной безопасности, документирования процессов и стратегий для хранения файлов и электронных коммуникаций. Трибунал должен обеспечить контроль по доставке информации в электронном виде, а также защиту данных, хранящихся в локальных сетях, включая разделение жестких дисков хранения конфиденциальной информации, а также провести выдачу специальных паролей тем, кому разрешен доступ к этой информации.⁸⁰ Более строгий подход к передаче документов в электронном виде заключается в запрещении отправки какой-либо конфиденциальной информации по факсу или электронной почте. Электронная почта должна использоваться только для передачи официальных документов, то есть документов, не содержащих какую-либо конфиденциальную информацию третьих лиц.⁸¹ Для достижения более высокого уровня безопасности, трибуналу целесообразно хранить электронную информацию на носителе, который не подключен к интернету или локальной сети. Чтобы обеспечить самый высокий уровень физической безопасности, данные должны храниться на носителе отдельно от компьютера в надежном месте. Кроме того, могут применяться методы шифрования

77 *Guidance on Ethics and Probity in Government Procurement, Financial Management Guidance No. 4, Commonwealth of Australia, 2005, сmp. 21. Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission*

78 *Guideline, Designation, Protection, Use and Transmission of Confidential Information, Canadian International Trade Tribunal, 2006, сmp. 4.*

79 *Guidance on Ethics and Probity in Government Procurement, Financial Management Guidance No. 4, Commonwealth of Australia, 2005, сmp. 21. Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.*

80 *Guidance on Ethics and Probity in Government Procurement, Financial Management Guidance No. 4, Commonwealth of Australia, 2005, сmp. 21. Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.*

81 *Guideline, Designation, Protection, Use and Transmission of Confidential Information, Canadian International Trade Tribunal, 2006, сmp. 4-5.*

данных. В соответствии с самым высоким уровнем защиты информация не должна храниться в электронном виде, а только в бумажном в месте, безопасность которого обеспечивается на самом высоком уровне.⁸²

Находясь на государственной должности или службе, члены трибунала должны соблюдать обязательство преднамеренно не разглашать и не позволять быть разглашенной любым лицом, известную им конфиденциальную информацию, а также любым способом не предоставлять конфиденциальную информацию деловому конкуренту или сопернику человека, чей бизнес или дела она затрагивает. Это обязательство члены трибунала должны продолжать соблюдать, даже если они уже не находятся на государственной службе, и не работают в трибунале.⁸³

5.9 Конфиденциальность в сфере государственных закупок в соответствии с законодательством ЕС

5.9.1 Общие правила закупок

Основные правила государственных закупок ЕС охвачены «Директивой 2004/18/ЕС» (**«Директива о коммунальном хозяйстве»**)⁸⁴ и «Директивой 2004/18/ЕС» (**«Общая директива»**)⁸⁵. (совместно именуемые **«Директивы по закупкам»**). Директивы по закупкам обеспечивают лишь общее регулирование для жалоб по нарушению конфиденциальности. Статья 6 «Общей директивы» и Статья 13(2) «Директивы о коммунальном хозяйстве гласит»:

“Не ограничивая смысл положений настоящей Директивы, в частности тех, которые касаются обязательств, связанных с рекламой присужденных контрактов и информации для кандидатов и участников тендеров, изложенных в статьях 35 (4) [Статья 43 «Директивы о коммунальном хозяйстве»] и 41 [Статья 49 «Директивы о коммунальном хозяйстве»], и в соответствии с национальным законодательством, субъектом которого является закупочный орган, закупочный орган не должен разглашать информацию, переданную ему субъектами экономической деятельности, которую они обозначили конфиденциальной; такая информация включает, в частности, технические или коммерческие секреты и конфиденциальные аспекты тендеров.”

Исходя из этих положений Директивы по закупкам, закупочные органы должны сохранять конфиденциальность информации, обозначенной таковой субъектами экономической деятельности (участниками тендера). С другой стороны, ссылка на национальное законодательство предполагает, что информация может быть раскрыта, когда это предусмотрено национальным законодательством. Например, обязанности по раскрытию в государствах-членах. В дополнение к общему регулированию, Директива по закупкам содержит прямые постановления о конфиденциальности, которые имеют дело с конкретными аспектами закупок. К ним относятся:

5.9.1.1 Защита конфиденциальной информации, предоставленной закупочными органами

Статья 13(1) «Директивы о коммунальном хозяйстве» гласит: «В контексте предоставления технических спецификаций для заинтересованных субъектов экономической деятельности, квалификации и выбора субъектов экономической деятельности и присуждения контрактов, закупочные органы могут предъявлять требования по защите информации конфиденциального характера, которую они предоставляют.»

⁸² См., например, Законы Австрии по защите информации

⁸³ Guideline, Designation, Protection, Use and Transmission of Confidential Information, Canadian International Trade Tribunal, 2006, стр. 6.

⁸⁴ «Директива 2004/17/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС» от 31 марта 2004 координирует процедуры закупок предприятий работающих в сфере воды, энергетики, транспорта и почтовых услуг.

⁸⁵ «Директива 2004/17/ЕС Европейского парламента и Совета ЕС» от 31 марта 2004 координирует процедуры по присуждению контрактов гражданского строительства, контракты государственной поставки и контракты на бытовое обслуживание.

5.9.1.2 Защита «чувствительной» информации, предоставленной субъектами экономической деятельности в ходе конкурентного диалога.

Статья 29(3) «Общей Директивы» и Статья 13(2) «Директивы о коммунальном хозяйстве» гласит, «Закупающие органы не могут раскрывать другим участникам предложенные решения или другую конфиденциальную информацию, представленную кандидатам, участвующим в диалоге, без его / ее согласия.»

5.9.1.3 Защита «чувствительной» информации в контексте процедуры рамочного соглашения.

Статья 35(4) «Общей Директивы» гласит, «Некоторая информация о присуждении контракта или заключении рамочного соглашения может быть удержана из публикации в случаях, когда издание и выпуск такой информации будет препятствовать исполнению закона или иным образом противоречить общественным интересам, может нанести вред законным коммерческим интересам субъектов экономической деятельности, государственным или частным, или может помешать честной конкуренции между ними.»

5.9.2 Прецедентное право ЕС о конфиденциальности в сфере государственных закупок

В целом, Директивы по закупкам не обеспечивают надежное руководство по обработке претензий о конфиденциальности. Таким образом, прецедентное право Европейских судов имеет особую важность. Ведущий прецедент Европейского суда правосудия («ЕСП»), который рассматривает претензиями о конфиденциальности в контексте государственных закупок это дело «Varec v Belgium».⁸⁶

Varec v Belgium: обстоятельства дела

- A. Государство Бельгия (как покупающий орган) инициировало процедуру присуждения контракта в отношении поставки звеньев траковой цепи для танков «Леопард». Два участника тендера подали заявки, компании Varec и Diehl. При оценке тендерных предложений, покупающий орган решил присудить контракт компании Diehl, так как посчитал, что предложение Varec не соответствует техническим критериям.
- B. Компания Varec обжаловала решение о присуждении контракта и запросила, чтобы дело, переданное в орган по пересмотру (Conseil d'État - Государственный совет), было дополнено тендером компании Diehl. Государство Бельгия добавило тендер Diehl к делу, но не смогло представить некоторые документы, которые были возвращены компании Diehl в соответствии с ее запросом. По утверждению покупающего органа, если эта информация понадобится, то необходимо запросить ее непосредственно у компании Diehl. Государство Бельгия также заметило, что компании Varec и Diehl находятся в споре относительно прав на интеллектуальную собственность относительно предмета тендера.
- B. Компания Diehl сообщила в орган по пересмотру, что версия ее тендера, которая была предоставлена государству Бельгия, содержала конфиденциальные данные и информацию, и, пояснила, что такая информация не должна быть доступна третьим сторонам, включая компанию Varec, которая будет иметь возможность изучить конфиденциальную информацию, относящуюся к коммерческим секретам, включенным в тендер. По утверждению компании Diehl определенные приложения ее тендера содержали специальные данные, а именно детальные проекты производственных планов, а также описание производственного процесса.
- Г. Орган по пересмотру постановил, что решение о присуждении контракта должно быть аннулировано на том основании, что «из-за отсутствия сотрудничества ответчика [государство Бельгия] в обоснованном осуществлении правосудия и процессуальной справедливости, единственной возможной санкцией является аннулирование административной меры, законность которой не установлена, где документы исключаются из разбирательства между сторонами.»

⁸⁶ Решение Европейского суда от 14 февраля 2008, Varec (C-450/06, ECR 2008 стр. I-581)

- Д. Государство Бельгия обжаловало это заключение и запросило орган по пересмотру апеллировать в своем решении к вопросам конфиденциальности тендерной документации компании Diehl, содержащей информацию, которая относится к ее коммерческой тайне.
- Е. Орган по пересмотру решил приостановить разбирательство и передать следующие вопросы Европейскому суду для предварительного урегулирования, а именно: «Статья 1(1) [«Директивы 89/665»] со Статьей 15(2) [«Директивы 93/36»] и Статья 6 [«Директивы 2004/18»], должны ли быть истолкованы так, что ответственный за рассмотрение апелляции орган обязан обеспечить конфиденциальность и сохранение коммерческой тайны в файлах, переданных ему сторонами по делу, в том числе закупаящим органом, и в то же время имеет право быть осведомленным о такой информации и принимать ее во внимание?»

Varec v Belgium: анализ Европейского суда

- А. Европейский суд сначала проанализировал применение «Общей директивы» в деле. Однако, так как она не вступила в силу на момент проведения тендера, то суд должен был применять положения «Директивы 89/665». Так как директива прямо не регулирует защиту конфиденциальной информации, то Европейскому суду необходимо было обратиться к общим положениям директивы, и в частности, к Статье 1 (1).
- Б. Суд выявил, что процедуры присуждения контракта основаны на доверии между закупаящими органами и участвующими субъектами экономической деятельности. Эти субъекты должны иметь возможность передавать любую соответствующую информацию закупаящим органам в процессе закупок, без опасения, что эти органы сообщат третьим сторонам информацию, раскрытие которой может нанести им ущерб. Соответственно, Статья 15 (2) «Директивы 93/36» [заменена «Общей Директивой»] предусматривает, что закупаящие органы обязаны в полной мере уважать конфиденциальный характер любой информации, предоставленной поставщиками.
- В. The court observed that contract award procedures are founded on a relationship of trust between the contracting authorities and participating economic operators. Those operators must be able to communicate any relevant information to the contracting authorities in the procurement process, without fear that the authorities will communicate to third parties items of information whose disclosure could be damaging to them. Accordingly, Article 15 (2) of Directive 93/36 [replaced by the General Directive] provides that the contracting authorities are obliged to respect fully the confidential nature of any information furnished by the suppliers.
- Г. В конкретном контексте информирования участника тендера о причинах отклонения его заявки или тендера, «Директива 93/36» дает закупаящим органам право на свое усмотрение не предоставлять отдельную информацию, раскрытие которой может нарушить законные коммерческие интересы отдельных государственных или частных предприятий или негативно повлиять на соблюдение справедливой конкуренции между поставщиками.
- Д. Эффективность будет нарушена, если в апелляции по решению, принятого закупаящим органом в связи с процедурой присуждения контракта, вся информация касательно этой процедуры присуждения должна быть безоговорочно доступной апелланту. В таких обстоятельствах, простое обращение об апелляции даст доступ к информации, которая может быть использована для обеспечения определенных конкурентных преимуществ, или иным образом нарушит законные коммерческие интересы субъектов экономической деятельности, участвующих в рассматриваемой процедуре присуждения контракта. Такая возможность может даже способствовать тому, что субъекты экономической деятельности будут подавать апелляцию исключительно с целью получения доступа к коммерческим секретам их конкурентов.
- Е. В ходе пересмотра орган, ответственный за процедуру пересмотра, принимает на себя обязательства, установленные в «Директиве 93/36», относительно уважительного отношения закупаящего органа к конфиденциальности информации. Требование «эффективного пересмотра», следовательно, налагает на этот орган обязательство принять меры, необходимые для обеспечения эффективности этих положений. Отсюда следует, что в процедуре пересмотра по присуждению государственных контрактов, орган, ответственный за эту процедуру рассмотрения, должен иметь возможность решать, что информация в деле, связанная с таким присуждением, не должна быть передана сторонам или их адвокатам, если это необходимо для обеспечения защиты справедливой конкуренции или законных интересов субъектов экономической деятельности, как требуется по закону Европейского экономического сообщества.

- Ж. Европейский суд по правам человека неоднократно заявлял, что состязательный характер разбирательств является одним из факторов, который позволяет оценить их справедливость, но он должен применяться с соблюдением других прав и интересов. Состязательный принцип, как правило, означает, что стороны имеют право на процесс проверки и обсуждения доказательств, а также доводов, представленных суду. Однако, в некоторых случаях может быть необходимо, чтобы определенная информация была скрыта от сторон в целях сохранения основных прав третьей стороны или для защиты важных общественных интересов (см. *Rowe and Davis v The United Kingdom* [GC] no 28901/95, §61, ECHR 2000-II, и *V v Finland* no 40412/98, §75, ECHR 2007-...).
3. Соблюдение справедливой конкуренции, в контексте процедуры присуждения контракта, является важным общественным интересом. Отсюда следует, что в контексте пересмотра решений, принятых закупочным органом, по отношению к процедуре присуждения контракта, принцип состязательности не означает, что стороны имеют право на неограниченный и абсолютный доступ ко всей информации, относящейся к рассматриваемой процедуре присуждения, которая была представлена в орган, ответственный за пересмотр. Напротив, это право доступа должно быть уравновешено правом других субъектов экономической деятельности на защиту их конфиденциальной информации и их коммерческих секретов.
- И. Принцип защиты конфиденциальной информации и коммерческих секретов должен соблюдаться, в том числе, с учетом требований эффективной правовой защиты, а также должны соблюдаться права на защиту сторон в споре (см. по аналогии Дело C-438/04 *Mobistar* [2006] ECR I-6675, параграф 40); и в случае судебного рассмотрения или пересмотра другим органом, судом или трибуналом, по определению статьи 234 ЕС, должно быть обеспечено общее соответствие судебного процесса праву на справедливое судебное разбирательство.
- К. Принимая во внимание очень серьезный ущерб, который может быть причинен в результате передачи определенной информации конкуренту, орган по пересмотру должен, прежде чем передавать эту информацию сторонам в споре, дать заинтересованному субъекту экономической деятельности возможность заявить, что информация является конфиденциальной или представляет собой коммерческий секрет (см. по аналогии, *AKZO Chemie* и *AKZO Chemie UK v Commission*, параграф 29).
- Л. Таким образом, ответом Европейского суда на предварительное решение было: «Статья 1 (1) «Директивы 89/665», читаемая совместно со Статьей 15 (2) «Директивы 93/36», должны быть истолкованы как означающие, что орган, ответственный за пересмотры, предусмотренные Статьей 1 (1), должен гарантировать защиту конфиденциальности и коммерческой тайны, содержащихся в материалах дела, переданных органу по пересмотру сторонами в судебном процессе, в частности, закупочным органом, хотя последний может проинформировать самостоятельно о наличии такой информации и принять это во внимание. Именно орган по пересмотру должен решать, в какой степени и с помощью какого процесса целесообразно защищать конфиденциальность и секретность информации, с учетом требований эффективной правовой защиты и прав на защиту сторон в споре, и в случае судебного рассмотрения или пересмотра другим органом, судом или трибуналом, по определению статьи 234 ЕС, с учетом общего соответствия судебного процесса праву на справедливое судебное разбирательство.

Следовательно, здесь Европейский суд, по-видимому, придает большее значение праву на защиту конфиденциальной информации и коммерческой тайны, чем праву на раскрытие информации. Такое суждение обеспечивает потенциальным претендентам на получение государственных контрактов, комфортное понимание того, что их конфиденциальная информация должна быть защищена в случае, если присуждение контракта оспаривается.⁸⁷ Из решения по делу *Varec v Belgium* следует, что:

- Орган по пересмотру должен иметь доступ ко всей информации, включая информацию, обозначенную участниками тендера, как конфиденциальную или коммерческую тайну
- Третьи лица (в том числе истцы) не должны получать доступ к информации, раскрытие которой может препятствовать обеспечению справедливой конкуренции
- Лишение доступа истца к конфиденциальной информации других участников тендера не нарушает права на справедливое судебное разбирательство, так как это оправдано общественными интересами, а именно защитой конкуренции.

⁸⁷ *Confidentiality or disclosure—who is a better mate for competition and fair play?*, McDermott Will & Emery, March 31, 2008, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=469b2c4c-5093-4047-9112-387866f131f3>

- До предоставления «чувствительной» информации стороне, участвующей в споре, орган по пересмотру должен обеспечить заинтересованного субъекта экономической деятельности возможностью заявить, что данная информация является конфиденциальной или является коммерческим секретом
- Орган по пересмотру должен гарантировать, что конфиденциальность и коммерческие секреты защищены, в частности, закупаящим органом
- Орган по пересмотру должен решать, в какой степени и с помощью какого процесса целесообразно защищать конфиденциальность и секретность информации, и, в случае пересмотра, убедиться, что судебный процесс, в целом, согласуется с правом на справедливое судебное разбирательство

5.10 Примеры судебной практики⁸⁸

В следующих примерах анализируется применение теста на конфиденциальность к ситуациям, в которых участник тендера/закупающий орган присвоили части своей коммерческой информации статус конфиденциальной. В ходе применения теста коммерческая информация должна соответствовать всем четырем критериям для определения ее как конфиденциальной.

- | | |
|--------------------|---|
| Критерий 1: | Информация, подлежащая защите, должна быть специальным образом идентифицирована. |
| Критерий 2: | Информация должна быть коммерчески «чувствительной» и не должна быть общеизвестна или проверяема. |
| Критерий 3: | Разглашение нанесет значительный ущерб ее владельцу или другой стороне. |
| Критерий 4: | Информация была предоставлена на основании договоренности о конфиденциальности. |

Пример судебной практики 1

Методология коммерческой деятельности/доставки

В своем заявлении участник тендера присвоил статус конфиденциальной информации особенностям оказания услуг по доставке. Участник тендера заявляет, что методология по доставке была разработана с использованием его «уникального» (оригинального и новаторского) решения, разглашение которого может привести к тому, что данную методологию переймут конкуренты, что уменьшит ее коммерческую ценность и неблагоприятно повлияет на его конкурентоспособность на рынке. Методология известна только участнику тендера и нескольким его сотрудникам. В части, касающейся рынка, участников тендеров попросили указать, какая информация, если она есть, по их мнению, должна быть защищена как конфиденциальная.

Критерий один – соответствует

Информация идентифицирована специфическим образом, как содержащая информацию о методике предоставления услуг доставки.

Критерий два – соответствует

Информация обладает качеством конфиденциальности, поскольку она известна небольшому количеству сотрудников и неразглашение «уникальной» методологии позволяет участнику тендера сохранять конкурентоспособность.

Критерий три – соответствует

Разглашение информации может неблагоприятно повлиять на коммерческие интересы участника тендера, поскольку его конкуренты получат возможность соревноваться за право на оказания услуг по доставке, используя или перенимая методологию, что лишит участника тендера конкурентного преимущества в данной области.

⁸⁸ Все примеры судебной практики адаптированы на основе – *Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3 Commonwealth of Australia, 2007. Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.*

Критерий четыре – соответствует

Поскольку закупающий орган пригласил участников тендера указать, какая информация является конфиденциальной, и, таким образом, была указана методология оказания услуг доставки, похоже, что информация была предоставлена на основании договоренности о том, что она не будет разглашаться⁸⁹

Пример судебной практики 2

Определение условий по качеству обслуживания

Контракты об оказании услуг часто содержат специальные условия по дополнительному вознаграждению за эффективное оказание услуг и снижению платежей за некачественное оказание услуг. Такие условия предусматривают уровни вознаграждения / снижения платежей.

Участник тендера требует присвоить условиям по качеству оказания услуг статус конфиденциальных на том основании, что раскрытие информации позволит конкурентам оценить структуру его затрат и, следовательно, нанесет ущерб его коммерческим интересам. Условия по качеству оказания услуг были специально разработаны для данного контракта и не известны никому, кроме участника тендера и закупающего органа. Закупающий орган не сделал никаких заявлений, ни в конкурсной документации, ни устно, о том, что условия по качеству оказания услуг должны рассматриваться как конфиденциальные.

Критерий один – соответствует

Информация, идентифицированная как конфиденциальная, является специфической, поскольку включает условия по качеству обслуживания, указанные в контракте.

Критерий два – не соответствует

Не смотря на то, что данная информация не является широко известной, структура ценообразования участника тендера не может быть определена на основании указанных условий. Соответствующие условия определяют общие ориентиры для участника тендера.

Критерий три – не соответствует

Разглашение специфики условий по качеству обслуживания вряд ли окажет участнику тендера чрезмерный вред, учитывая выводы предыдущего пункта.

Критерий четыре – не соответствует

В данном случае не существует взаимной договоренности о конфиденциальности условий по качеству обслуживания.

Во время как условия по качеству обслуживания, упоминающиеся в этом простом примере, не будут являться конфиденциальными, на основании приведенного выше анализа, трибунал должен осознавать, что объем суммы финансовых штрафов или компенсаций вновь поднимет вопросы которые обсуждались в информации о ценообразовании.⁹⁰ Вопрос о конфиденциальности может возникнуть только, если уровень услуг и штрафы не определены в тендерной документации.

89 *Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3, Commonwealth of Australia, 2007, cmp. 31*
Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.

90 *Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3, Commonwealth of Australia, 2007, cmp. 31.*
Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission

Пример судебной практики 3

Информация о ценообразовании

Каждый запрос о сохранении конфиденциальности информации о ценообразовании должен быть рассмотрен по существу.

Вообще, тот факт, что разглашение информации о ценообразовании осложняет жизнь поставщика, не является достаточным основанием. Например, участник тендера может претендовать на присвоение статуса конфиденциальности на том основании, что он не хочет, чтобы конкурентам стали известны его цены. Тем не менее, прозрачность такой информации могла бы, возможно, привести к повышению уровня конкуренции, и, как результат, к лучшему результату соотношения «цены и качества» для закупающего органа. С другой стороны, это может нарушить конкуренцию, поскольку даст конкурентам возможность адаптировать их цены в соответствии с разглашенными.

Приведенные ниже примеры сконцентрированы на оценке того, будут ли отдельные элементы методики ценообразования носить конфиденциальный характер. Членом трибунала необходимо отметить, что, хотя определенный элемент может быть оценен, как не отвечающий критериям конфиденциальности, вся методика, тем не менее, может требовать защиты, если она отвечает тесту на конфиденциальность. Так происходит потому, что она обеспечивает достаточную информацию для проведения обоснованной оценки прибыли участника тендера.

Пример судебной практики 3.1

Общая цена

При обсуждении условий контракта, участник тендера, занимающийся предоставлением услуг в сфере персонала, требует от закупающего органа сохранять в конфиденциальности информацию о полной стоимости контракта на том основании, что разглашение этой информации позволит его конкурентам оценить будущие заявки организации.

В предыдущих переговорах с участником тендера, закупающий орган указал, что, в соответствии с действующим законодательством, закупающий орган обязан сообщить о цене контракта. В запросе о проведении тендера также подчеркивается это требование. Эта проблема не может возникнуть в открытой процедуре, где цены оглашаются на вскрытии тендера.

Оценка информации по критериям конфиденциальности:

Критерий один – соответствует

Информация, идентифицированная как конфиденциальная, является специфической, касается общей стоимости контракта.

Критерий два – не соответствует

Общая стоимость не имеет свойства конфиденциальности после подписания контракта. Несмотря на претензии участника тендера, информация не является коммерческой тайной в контракте, поскольку он не приводит достаточно подробностей, чтобы предоставить конкурентам на рынке возможность определить структуру расходов и размеры прибыли участника тендера.

Критерий три – не соответствует

Разглашение общей стоимости не нанесет ущерба коммерческим интересам участника тендера, учитывая изложенное в предыдущем пункте. В отношении претензий участника тендера, будущие заявки организации должны будут рассмотреть формирование заказа, который может быть связан с предоставлением различных услуг, уровня обслуживания, и, возможно использование различных способов предоставления услуг. Соответственно, разглашение общей стоимости в этом случае вряд ли предоставит конкурентам участника тендера достаточно информации для того, чтобы определить вероятную цену будущей заявки участника тендера.

Критерий четыре – не соответствует

В данном случае не существует взаимной договоренности о конфиденциальности между закупаящим органом и участником тендера.⁹¹

На основании проведенного анализа, если данная информация будет содержаться в документации процедуры пересмотра, трибунал не будет обязан считать ее коммерчески «чувствительной» и сохранять ее в конфиденциальности..

Пример судебной практики 3.2

Цена отдельных образцов или групп образцов

Хотя цены на отдельные образцы или группы образцов имущества или услуг, как правило, не носят конфиденциальный характер, тем не менее, здесь могут быть некоторые исключения. Конфиденциальность не уместна, если информация о ценах является общеизвестной. Однако, если индивидуальные цены на образцы, как часть договорных требований, содержат информацию об основных затратах и размере прибыли по данному образцу или другие коммерчески важные данные, такие как специальные скидки (см. ниже), участник тендера может законно утверждать, что такая информация является конфиденциальной. Простой пример случая, когда цена за единицу продукции не будет конфиденциальной - участник тендера рекламирует ее в каталоге.

Критерий один – соответствует

Информация, идентифицированная как конфиденциальная, является специфической.

Критерий два – не соответствует

Информация о цене образца открыто рекламируется, в связи с чем неразглашение ее не предоставит участнику тендера каких-либо дальнейших преимуществ.

Критерий три – не соответствует

Маловероятно, что разглашение информации неблагоприятно скажется на коммерческих интересах участника тендера, поскольку цена находится в открытом доступе.

Критерий четыре – не соответствует

При отсутствии любого определенного соглашения о том, что информацию о цене образца нужно держать в конфиденциальности, не будет взаимного понимания о ее конфиденциальности.⁹²

На основании проведенного анализа, если данная информация будет содержаться в документации процедуры пересмотра, трибунал не будет обязан рассматривать ее как коммерчески «чувствительную» и сохранять в конфиденциальности.

Пример судебной практики 3.3

Скидки

Участник тендера заявляет о конфиденциальности информации по ценам в силу отличных причин, чем рассмотренные выше. Например, это может быть предоставление закупаящему органу значительной скидки.

⁹¹ *Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3, Commonwealth of Australia, 2007, cnp. 32-33. Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.*

⁹² *Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3, Commonwealth of Australia, 2007, cnp. 33-34. Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.*

Участник тендера может правомерно требовать конфиденциальности информации о предоставляемых скидках, если доказывает вероятность возникновения необоснованного ущерба, если уровень скидок будет разглашен. Например, участник тендера может продемонстрировать, что его финансовые интересы пострадают, если другие его клиенты получают информацию о предложенных закупающему органу скидках, и будут требовать такового же уровня скидок, или, что разглашение информации о скидках позволит конкурентам определить фактическую стоимость его имущества или услуг. Поскольку информация о скидках может быть или не быть конфиденциальной, в зависимости от обстоятельств, члены трибунала должны рассматривать требования о сохранении конфиденциальности такой информации в каждом конкретном случае индивидуально.⁹³

Пример судебной практики 4

Технические секреты

Неразглашение информации, на которой основывает решение трибунал, может противоречить принципу справедливого судебного разбирательства. Для иллюстрации данного сценария к фактам ранее представленного, рассмотренного и проанализированного дела Европейского суда *Varec v Belgium*⁹⁴ применен тест на конфиденциальность.

Критерий один – соответствует

Информация, идентифицированная как конфиденциальная, запрашивается от одного участника тендера.

Критерий два – соответствует

Информация является «чувствительной», так как содержит планы строительства и описания технологий производства, разработанные и используемые только одним производителем. Эти планы строительства и описания технологий производства являются разработкой исключительно участника тендера и используются только им. Следовательно, этот участник тендера владеет правами интеллектуальной собственности на планы строительства и технологии производства.

Критерий три – соответствует

Раскрытие информации может не только повлиять на позицию в процедуре пересмотра, но и повлиять на спор о правах на интеллектуальную собственность, относительно рассматриваемых планов.

Критерий четыре – соответствует

Спецификация предоставлена конфиденциально, участник тендера компания Diehl запросила вернуть планы. Критерии конфиденциальности соответствуют. Информация конфиденциальна. Однако по-прежнему существует конфликт между правом на защиту конфиденциальной информации и правом на справедливое судебное разбирательство.

93 *Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3, Commonwealth of Australia, 2007, cmp. 34*
Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.

94 *Решение Европейского суда от 14 февраля 2008, Varec (C-450/06, ECR 2008 cmp. I-581)*

5.11 Выводы

Каждый закупающий орган и трибунал по пересмотру в сфере государственных закупок обязан рассматривать определенную информацию как конфиденциальную, в частности, информацию, представленную участниками тендера и информацию, обозначенную конфиденциальной. Директивы ЕС по закупкам ограничивают разглашение информации, если ее распространение наносит ущерб законным коммерческим интересам государственных или частных предприятий или препятствует справедливой конкуренции между поставщиками.

Это, в частности, включает в себя технические или коммерческие секреты и конфиденциальные аспекты деятельности предприятия-участника тендера.⁹⁵ Что касается национальной безопасности, несмотря на то, что «Директива ЕС о защите» представляет собой основу для обработки конфиденциальной информации, от государств-членов зависит решение о том, какая информация классифицируется, как конфиденциальная, по соображениям безопасности, так как национальная безопасность является ответственностью каждого государства-члена.

В целом, хотя трибуналы по пересмотру в сфере государственных закупок обязаны обеспечить сторонам в процессе доступ к информации и доказательствам, трибунал по пересмотру в сфере закупок не должен передавать информацию другим участникам тендера или третьим лицам, которые не имеют права рассматривать ее как часть процедуры пересмотра в сфере государственных закупок. Предоставление другим сторонам возможности ознакомиться с тендерами конкурентов может провоцировать некоторых участников тендера, с небольшими шансами на получение контракта, предъявлять заявления на пересмотр в трибунал, с целью получения конфиденциальной информации, содержащейся в тендерах их конкурентов.

Таким образом, защита информации, в том числе информации, которая считается конфиденциальной - это важная часть тендерного процесса в целом и, в особенности, процедуры пересмотра в сфере государственных закупок. Дальнейшим обязательством трибунала по пересмотру в сфере закупок является обеспечение соблюдения прав субъектов экономической деятельности, задействованных в процессе государственных закупок, которые следуют из законодательства о закупках. Трибуналы по пересмотру в сфере государственных закупок успешно выполняют это обязательство посредством реализации средств правовой защиты, которые являются предметом следующей главы

⁹⁵ Статья 6 «Директивы 2004/18/ЕС Европейского Парламента и Совета ЕС» от 31 марта 2004 координирует процедуры по присуждению контрактов гражданского строительства, контракты государственной поставки и контракты на бытовое обслуживание, OJ L 134 of 30.4.2004, стр. 114

Подход к средствам правовой защиты

6.1 Обзор

Начиная с заявления в трибунал от субъекта экономической деятельности, который ищет правовой защиты, средства правовой защиты, стремятся обеспечить соблюдение отдельных прав субъектов экономической деятельности, в соответствии с законодательством о закупках, с основной целью внести изменения в решение закупающего органа, который нарушает законодательство о закупках, для завершения процедуры закупки в законном порядке. Эта глава концентрируется на видах средств правовой защиты, которые доступны трибуналам, и средств правовой защиты, которые доступны для органов по пересмотру, в частности, в государствах-членах ЕС. Детально рассматривается описание целей отдельных средств правовой защиты, а также ситуации, в которых применяются особые средства правовой защиты. Глава начинается с перечисления и объяснения типов средств правовой защиты, которые доступны трибуналам по пересмотру закупок, приведены многочисленные примеры для иллюстрации ключевых вопросов и наблюдений.

6.2 Виды средств правовой защиты

Минимальные требования к средствам правовой защиты могут быть найдены в СГЗ⁹⁶ и в «Директивах ЕС о средствах правовой защиты». «Директивы ЕС о средствах правовой защиты» содержат понятие, что кандидат или участник тендера может выступать против любого решения закупающего органа, если любое принятое решение закупающего органа получает минимум публичности. В целях соблюдения субъективных прав участники тендеров могут использовать различные виды средств правовой защиты. Статья 20 параграф 7 СГЗ и статья 2(1) «Европейской директивы по средствам правовой защиты» содержат временные меры, которые направлены на исправление предполагаемых нарушений или предотвращения дальнейшего ущерба интересам заинтересованных сторон. При этом статья 20 параграф 7 СГЗ содержит оценку и возможности решения по обоснованию обжалования, поправки нарушения СГЗ, или возмещение ущерба. Кроме того, статья 2(1) «Европейской директивы о средствах правовой защиты» обеспечивает отмену решений, принятых незаконно и присуждение компенсации за убытки. Таким образом, СГЗ и «Европейская директива о средствах правовой защиты» имеют три типа средств правовой защиты: временные меры, пересмотр и возмещение ущерба. После того, как контракт был заключен, «Директива о средствах правовой защиты» обеспечивает возможность объявления контракта недействительным и применения альтернативных наказаний для тех случаев, когда контракт не полностью признан недействительным. Поскольку «Директивы ЕС о средствах правовой защиты» направлены на осуществление СГЗ в рамках ЕС, и имеется широкий спектр типов средств правовой защиты, они представлены более подробно. Средства правовой защиты ЕС включают:

- Временные меры
- Аннулирование решений закупающего органа
- Недействительность контракта
- Альтернативные штрафы
- Возмещение ущерба⁹⁷

Средства правовой защиты закупки позволяют трибуналу исправить некорректное поведение закупающих органов. Хотя трибунал и не может «взять на себя роль» закупающего органа и решить, кто является победителем конкурса или выбрать соответствующую процедуру заключения контрактов, он имеет право аннулировать любое действие закупающего органа, нарушающее законодательство о закупках и, таким образом, косвенно влияет на проведение

⁹⁶ Соглашение о государственных закупках.

⁹⁷ Статьи 2(1), 2d и 2f «Директивы по средствам правовой защиты». Статьи 2(1), 2d и 2f «Директивы по средствам правовой защиты»; Статьи 2(1), 2d и 2f «Директивы по средствам правовой защиты коммунальных предприятий»; Статьи 56(1), 60 и 62 «Директивы о защите».

закупок. Для того, чтобы надлежащим образом выполнять свою роль, члены трибунала должны быть осведомлены о своей особой позиции в отношении первого уровня лиц, принимающих решения (закупающих органов), которая влияет на выбор средств правовой защиты. Трибунал не является особымкупающим органом, который может принимать решения закупающий орган. Отменяя решение, трибунал может заставить закупающий орган принять новое решение законным способом и откорректировать процедуру закупки. Однако, вопрос о том, какое из средств правовой защиты наилучшим образом подходит для исправления нарушения, зависит от процедуры закупки.

Примеры

1. Когда оспариваются контрактные документы, необходимо будет назначить временные меры, чтобы избежать подачи тендерных предложений участниками тендера, на основании контрактных документов, неопределенного правового обоснования. В результате, контрактные документы должны быть аннулированы частично или полностью.
2. Когда принимается решение против постановления об отмене тендера, возможно, будет необходимо сохранить процесс закупки, чтобы позволить участнику тендера дальше участвовать в нем. Если решение об отмене тендера признано незаконным, оно должно быть аннулировано.
3. Если оспаривается решение о присуждении контракта, закупающему органу необходимо будет приостановить процесс заключения контракта, чтобы сделать возможным отклонение решения.
4. Если субъект экономической деятельности обнаруживает, что закупающий орган заключил контракт без предварительной публикации уведомления о контракте, трибунал или суд будут требовать признать контракт недействительным, так как нет решения, которое трибунал или суд могут отклонить.

6.3 Временные меры

Необходимость введения временных мер зависит от национальной системы по пересмотру. Если заявление об отмене решения имеет автоматический приостанавливающий эффект на процедуру закупки, временные меры не являются необходимыми, так как процедура закупки останется в состоянии, при котором не будет причинен ущерб, до того как орган по пересмотру вынесет окончательное решение по этому делу. С другой стороны, такая система имеет недостаток, потому что закупающий орган самостоятельно не может исправить нарушения. Это может укоротить процедуру пересмотра в случаях, когда имеются очевидные ошибки.

6.3.1 Что такое временные меры?

Временные меры имеют несколько целей:

- Препятствовать ущербу, пока орган по пересмотру не вынес решение о пересмотре
- Препятствовать созданию закупающими органами⁹⁸
- Обеспечивать эффективность процедуры пересмотра

Тем не менее, временные меры не являются средствами правовой защиты. Временные меры, в действительности, обеспечивают исполнение прав заявителя, но служат для поддержания эффективности процедуры пересмотра. Статья 2 (1) «Директив о средствах правовой защиты»⁹⁹ характеризует процедуры введения временных мер, как промежуточные процедуры. Таким, образом, временные меры не имеют цели соответствия окончательному решению.¹⁰⁰ Временные меры

⁹⁸ Например, присуждение контракта до того, как уполномоченный орган по пересмотру примет решение о законности оспариваемого решения, и, как следствие, сделает невозможным аннулирование решения.

⁹⁹ «Директива 2007/66/ЕС» о внесении поправок в «Директиву Совета ЕС 89/665/ЕЕС и 92/13/ЕЕС», в отношении повышения эффективности процедур по пересмотру, касающихся присуждения государственных контрактов.

¹⁰⁰ Решение Европейского суда от 9 декабря 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw/De Jonge Konstruktie and others (C-568/08, ECR 2010 p. I-12655)* параграф 61.

являются предварительными мерами, используемыми органом по пересмотру, для исправления предполагаемого нарушения закона о закупках, или предотвращения нанесения ущерба соответствующему интересу - например, интересу истца.

Согласно «Директиве о средствах правовой защиты», временные меры назначает орган по пересмотру административных решений до принятия окончательного решения по существу дела. Орган по пересмотру распоряжается о введении временных мер, если они немедленно необходимы для защиты интересов заявителя.

Пример

Закупающий орган планирует перейти ко второму этапу процедуры присуждения контракта. Хотя он неправильно оценивает представленные тендерные заявки для квалификации во втором этапе, жалоба на эти действия не может автоматически вызвать приостановление процедуры. Закупающий орган уведомил заявителя, что отстраняет его от дальнейшего участия в тендере. Закупающий орган еще не пригласил остальных участников тендера для предоставления тендерных заявок на второй этап. Орган по пересмотру административных решений должен запретить закупаящему органу приглашать других участников предоставлять свои тендерные предложения. Если закупаящий орган уже пригласил других участников на второй этап тендера, орган по пересмотру должен назначить временные меры для того, чтобы приостановить процедуру. В противном случае, возбуждение производства по второму этапу будет необратимым, и единственным средством правовой защиты на более позднем этапе будет аннулирование тендера.

Также возможно учитывать перспективы успеха по основной жалобе. Как результат, орган по пересмотру может отклонить заявление о принятии временных мер, если заявитель уже представил основную жалобу, и ясно, что она не имеет никакой надежды на успех.¹⁰¹ Тем не менее, при принятии решения о временных мерах члены трибунала должны спросить следующие вопросы:

- В чем заключается незаконность?
- Какое решение оспаривается?
- Какой ущерб угрожает заявителю в дальнейшем или угроза уже есть?
- Каковы перспективы удовлетворения существующей жалобы?
- Каковы интересы заявителя при принятии распоряжения о временных мерах?
- Каковы интересы закупаящего органа в продолжении проведения процедуры закупки?
- Каковы интересы других кандидатов или участников тендера в принятии распоряжения о временных мерах или отказе?
- Каковы общественные интересы? Будет ли нанесен ущерб общественным интересам, если будут вынесены временные меры?
- Что произойдет, если трибунал распорядится о временных мерах?
- Какого влияние временных мер на закупаящий орган, других участников тендера и истца?
- Является ли результат действий закупаящего органа, предмета жалобы, необратимым?
- Будет ли кому-либо причинен ущерб, при назначении временных мер или продолжении проведения процедура закупки? Если да, то какова степень такого ущерба?

Целесообразно требовать такую информацию от заявителя. Если возможно, эта информация должна быть востребована, в соответствии с определенным положением процессуального права. Каждая сторона должна, по

¹⁰¹ Решение Европейского суда от 9 апреля 2003, *CS Austria* (C-424/01, ECR 2003, стр. I-3249) параграф 29.

крайней мере, изложить свои интересы, угрозу предполагаемого или нанесенного ущерба. Если стороны этого не делают, орган по пересмотру должен потребовать их это сделать, установив короткий лимит времени. Такой анализ не всегда будет простым или даже возможным, согласно информации, имеющейся у трибунала, и хотя трибунал не обязан принимать решение о временном приказе о продолжении», а может использовать право действовать по своему усмотрению, проводить такой анализ целесообразно, чтобы избежать отрицательных экономических последствий приостановки и задержки со стороны закупающего органа и участников тендеров.

При применении права действовать по своему усмотрению, трибунал должен основывать свое решение на основополагающих принципах проведения закупок и принципах своевременных и эффективных средств правовой защиты. Тем не менее, трибунал должен иметь в виду, что интересы закупающего органа и общественные интересы могут отличаться, так как решение о присуждении контракта лучшему участнику тендера тоже является общественным интересом. Кроме того, заявитель имеет субъективные права, вытекающие из законодательства о закупках, которое может быть обеспечено только с помощью иска на оспариваемое решение. Таким образом, трибунал должен сбалансировать интересы всех сторон для того, чтобы решить, стоит ли распорядиться о принятии временных мер.

6.3.2 Какие меры могут быть приняты?

Согласно Статье 2(1) «Директивы о средствах правовой защиты» могут быть приняты следующие временные меры:

- Любые меры, подходящие для исправления предполагаемого нарушения или избежания угрозы ущерба. Например, приостановление реализации любого решения, принятого закупающим органом, или приостановление всей процедуры присуждения контракта.¹⁰²
- Вынесение временной меры не является предметом запроса предыдущего истца для аннулирования решения закупающего органа. Должна быть возможность подать заявление на временную меру до приведения в действие аннулирования решения.¹⁰³
- Временная мера сама по себе должна быть соответствующей, необходимой, и применимой для исправления предполагаемого нарушения или во избежание угрозы ущерба. Временная мера должна быть наименее отягощающей мерой для закупающего органа. Закупающий орган должен быть в состоянии реализовывать в процедуру закупки, насколько это возможно, и как можно меньше быть ограниченным. Какая временная мера необходима, будет зависеть от состояния процедуры закупки.

Следующие примеры иллюстрируют влияние временных мер.

Примеры

1. Если заявитель выступает против контрактной документации и хочет, чтобы трибунал аннулировал контрактные документы, необходимо позволить заявителю представить тендер на основе откорректированной тендерной документации. Таким образом, закупающий орган не должен открывать полученные тендеры, и период рассмотрения тендера необходимо приостановить.
2. Если закупающий орган уведомил заявителя, что он не будет приглашать заявителя на рассмотрение тендера в двухэтапной процедуре, где число участников тендера на втором этапе ограничено, необходимо запретить закупающему органу приглашать любых других кандидатов для предоставления тендера..
3. Если тендер заявителя был отклонен, и не было выдано уведомления о присуждении контракта, никаких временных

¹⁰² Статья 2(1) «Директивы о средствах правовой защиты»; Статья 2(1) «Директивы о средствах правовой защиты коммунальных предприятий»; Статья 56(1) «Директивы о защите»; *Public Procurement Training for IPA Beneficiaries, Module F, Sigma, 2010, стр. 11.*

¹⁰³ Решение Европейского Суда от 19 июня 1996, *Commission/Greece (C-236/95, ECR 1996, стр. I-4459)* параграф 11, и от 15 мая 2003, *Commission/Spain (C-214/00, ECR 2003, стр. I-4667)* параграф 98.

мер не требуется, поскольку участник тендера все еще может участвовать в процедуре закупки. Если решение об отказе в тендере заявителю аннулировано, заявитель может выступать против решения о присуждении контракта, если оно выдано до окончания процедуры пересмотра.

4. Если закупаящий орган выдал уведомление о присуждении контракта, и следующим шагом закупящего органа было бы присуждение контракта, необходимо запретить присуждение контракта.

6.3.3 Какова процедура?

Процедура принятия временных мер не регулируется «Директивой о средствах правовой защиты», поскольку целью директивы является создание минимальных требований для средств правовой защиты. Тем не менее, необходимо обеспечить период ожидания, чтобы дать время участнику тендера для введения временных мер.¹⁰⁴ Так как целью временных мер является обеспечение своевременного разрешения спора¹⁰⁵, то сроки, как правило, ограничены. По той же причине, процедурные правила, например, в отношении доказательств, которые должны быть представлены заявителем или получены органом по пересмотру административных решений, относительно необратимости действий закупящего органа, должны быть достаточно простыми.¹⁰⁶

К условиям введения временных мер относятся:

- Наличие достаточно серьезных доказательств нарушения
- Необходимо показать, что потенциальный вред для участника тендера, в случае отказа в применении временных мер, непоправимый или, по крайней мере, серьезный
- Помимо частного интереса заявителя на введение указанных мер, не должно быть никаких других¹⁰⁷

Обычно, нет времени для проведения устных слушаний перед распоряжением о введении временных мер. Статья 6 ЕКПЧ не требует устного слушания, поскольку данная процедура не решает существо дела. То же самое и в случае с другими процессуальными гарантиями. Таким образом, не обязательно наличие обмена мнениями, которые использует трибунал, в отличие от письменных доказательств, и к которым применяются нормы доказательного права.¹⁰⁸ Тем не менее, возможно, что предварительное решение будет отличаться от окончательного решения.

6.4 Аннулирование

6.4.1 Что такое аннулирование?

Средство правовой защиты в виде аннулирования отменяет или делает недействительным незаконно принятое решение закупящего органа или иным образом исправляет незаконное решение.

В соответствии с законодательством ЕС, заявитель должен подать заявление о средстве правовой защиты в виде аннулирования, и, если орган по пересмотру административных решений / трибунал приходит к выводу, что заказчик нарушил правила закупок, он имеет право по своему усмотрению выбрать из имеющихся мер по аннулированию. Заявитель не может подать заявку о средстве правовой защиты в виде аннулирования после заключения контракта закупящим органом.

104 Решение от 3 апреля 2004, *Commission/Spain* (C-444/06, ECR 2008, стр. I-2045) параграф 39.

105 Решение Европейского Суда от 9 декабря 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw/De Jonge Konstruktie and others* (C-568/08, ECR 2010, стр. I-12.655) параграф 61.

106 *Public Procurement Training for IPA Beneficiaries, Module F, Sigma*, 2010, стр. 10.

107 *The Effectiveness of Bidder Remedies for Enforcing the EC Public Procurement Rules: a Case Study of the Public Works Sector in the United Kingdom and Greece*, Despina Pachnou, PhD Theses, 2003, стр. 72.

108 Решение Европейского Суда от 9 декабря 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw/De Jonge Konstruktie and others* (C-568/08, ECR 2010, стр. I-12.655) параграф 59.

Решение - это любое условие закупящего органа, которое получает минимум огласки, что означает, что оно опубликовано или иным образом перестало быть собственностью закупящего органа.¹⁰⁹ Все решения, подпадающие под законодательство о закупках могут быть оспорены.¹¹⁰ В одном конкретном случае Европейский суд решил, что субъект экономической деятельности даже может оспорить решение о том, следует ли публиковать уведомление о контракте или провести формальную процедуру закупки.¹¹¹

6.4.2 Какие меры по аннулированию могут быть назначены?

В соответствии с законодательством ЕС, могут быть назначены следующие меры по аннулированию:

- Устранение дискриминационных технических, экономических или финансовых требований в уведомлении о контракте, тендерной документации или любой другой документации, относящийся к процедуре заключения контрактов
- Отмена незаконного решения закупящего органа или отмена процедуры заключения контракта
- Исправление должным образом любых незаконных документов или решений закупящего органа^{112 113}

Эти средства должны позволить трибуналу осуществлять некий (хотя и ограниченный) контроль над правом закупящего органа действовать по своему усмотрению. Например, имело ли место злоупотребление правом действовать по своему усмотрению при выборе тендерной процедуры, дисквалификации участника тендера или спецификации контракта. Эта роль соответствует цели «Директивы о средствах правовой защиты», которая состоит в том, чтобы позволить органу по пересмотру административных решений определять, являются ли решения закупящего органа обоснованными и подтверждаются ли они документально, но не «принимать другое решение» вместо того, что было принято закупящим органом и находится в пределах сферы действия права усмотрения закупящего органа.

Пересмотр обоснованности приобретает особую важность в контексте процедуры, когда контракт присуждается наиболее экономически выгодному предложению. В таком случае право закупящего органа действовать по своему усмотрению трактуется достаточно широко, так как закупящий орган принимает решения и применяет критерии, определяющие выгодное предложение, и, следовательно, увеличивает вероятность злоупотребления усмотрением. Тем не менее, такой пересмотр должен ограничиваться проведением теста на «обоснованность», поскольку в противном случае это может привести к спекулятивному судебному процессу, направленному на убеждение органа по пересмотру административных решений предугадать решение закупящего органа.¹¹⁴ Перед тем, как выбрать одну из аннулирующих мер, члены трибунала должны ответить на следующие вопросы:

- Нарушил ли закупящий орган законодательство о государственных закупках?
- Насколько серьезно нарушение? Влияет ли нарушение существенно на основополагающие принципы законодательства о государственных закупках и/или снижает возможность участников тендеров принимать успешное участие в процедуре присуждения контрактов?
- Имеет ли нарушение существенное влияние на результат процедуры закупки? Возможно ли, что контракт будет присужден другому участнику тендера?
- Как можно устранить нарушение, чтобы предоставить участникам тендера возможность успешного участия в процедуре присуждения контрактов? Какое решение должен принять трибунал, чтобы устранить нарушение?

109 Решение Европейского Суда от 11 января 2005, Stadt Halle (C-26/03, ECR 2005, стр. I-1) параграф 39.

110 Решение Европейского Суда от 19 июня 2003, GAT (C-315/01, ECR 2003 стр. I-6351) параграф 52.

111 Решение Европейского Суда от 11 января 2005, Stadt Halle (C-26/03, ECR 2005, стр. I-1) параграф 33.

112 Например, указание отменить тендер в целом, если нарушаются правила закупки, для корректировки или удаления непропорциональных пунктов в тендерной документации, или восстановить заявителя, который был незаконно исключен.

113 Статья 2(1) «Директивы о средствах правовой защиты»; Статья 2(1) «Директивы о средствах правовой защиты коммунальных предприятий»; Статья 56(1) «Директивы о защите»; Public Procurement Training for IPA Beneficiaries, Module F, Sigma, 2010, стр. 13.

114 Public Procurement Training for IPA Beneficiaries, Module F, Sigma, 2010, стр. 14.

Кроме того, трибунал должен принимать во внимание вид нарушения и этап процедуры закупки, на котором произошло нарушение. Нарушение, обнаруженное на раннем этапе процедуры закупки, может быть устранено, например, путем отмены решения закупочным органом и/или выдачи закупочному органу предписания об изменении тендерной документации или переоценки/пересмотра предыдущего решения закупочного органа в соответствии с выводами трибунала. Часто, нарушения, обнаруженные позднее, которые не могут быть устранены путем «возврата» на предыдущий этап закупок, могут быть устранены только путем отмены всей процедуры присуждения контракта.

6.4.3 Какова процедура?

Процедура назначения мер по аннулированию решений зависит от местного законодательства, которое предусматривает правила подачи, сроки, и уведомление других кандидатов или участников тендеров. Заявитель обычно подает жалобу закупочному органу, и если закупочный орган не предоставляет адекватное средство правовой защиты, заявитель подает жалобу в орган по пересмотру административных решений. Период ожидания должен препятствовать закупочному органу немедленно присудить контракт. Законодательство может предусматривать, что заявитель немедленно подает жалобу в орган по пересмотру. В последнем случае, национальное законодательство может предусматривать, что заявитель уведомляет заказчика о подаче жалобы.

Заявитель должен указать в жалобе меры по аннулированию, которые он требует применить. Однако данное требование не является обязательным для трибунала, он может назначить те меры, которые он сочтет необходимыми в данном случае.

6.4.4 Когда необходимо использовать средство правовой защиты в виде аннулирования?

С точки зрения законности процедуры присуждения, аннулирование - это ценное средство правовой защиты, так как оно может устранить нарушение при условии, что трибунал разумно использует свои полномочия.¹¹⁵ Средства правовой защиты в виде аннулирования защищают права заявителей, если они могут продемонстрировать нарушение закупочным органом правил закупки. Средство правовой защиты в виде аннулирования является сильнейшим средством, поскольку оно влияет на процедуру закупок и позволяет вносить изменения. Таким образом, средство правовой защиты в виде аннулирования помогает определить наилучший тендер, в соответствии со спецификациями, что отвечает общественным интересам. Осуществляя такое действие, закупочный орган избегает выплат за ущерб в дальнейшем.

6.4.4.1 Отмена процедуры присуждения контракта

Трибунал принимает решение об отмене процедуры присуждения контракта, когда представляется невозможным исправить выявленное нарушение законодательства о государственных закупках другими более мягкими мерами, и данное решение является единственным разумным вариантом исправления нарушения, допущенного во время проведения тендера. В основном это касается ситуации, когда с самого начала процедура присуждения контракта происходит с нарушением законодательства о государственных закупках.

Примеры

1. Выбрана неправильная процедура.
2. Выбран неправомерный способ закупки.
3. Выбраны необоснованные критерии квалификации.
4. Невозможно начать процедуру заново с предыдущего этапа. Например, вернуться с этапа присуждения на этап квалификации.
5. После подачи тендеров выяснилось, что документы контракта нарушают правила закупки или являются нечеткими. Например, нечеткое описание предмета тендера, условий ценообразования или критериев присуждения тендера. В связи с этим участники тендеров не могут корректно подать соответствующие заявки.

6. Невозможно оценить заявки в соответствии с принципами государственных закупок, и потому невозможно присудить контракт в соответствии с законом.
7. В, так называемой, процедуре переговоров закупаящий орган инициирует, чтобы все участники тендера вели переговоры о разделении контракта между ними..

6.4.4.2 Указания закупаящему органу

Указания по исправлению выявленного нарушения законодательства о государственных закупках должны применяться в случае, если трибунал успешно доказал, что закупаящий орган нарушил законодательство, и нарушение законодательства является не настолько существенным, чтобы провоцировать отмену решения закупаящего органа или процедуры присуждения контракта, и только закупаящий орган может принять адекватные меры по исправлению нарушения.

Примеры

1. Трибунал дает указание закупаящему органу продлить срок подачи заявок в связи с поздним предоставлением технических спецификаций контракта, что не дало участникам тендера достаточно времени для подготовки соответствующих заявок. Продление может быть необходимо, если реальное время для подготовки заявки короче периода, обозначенного в законодательстве о государственных закупках, или периода, обоснованно достаточного для подготовки такой заявки.
2. Закупаящий орган отклонил тендер истца, поскольку он не принимал во внимание все документы, представленные вместе с тендером для подтверждения приемлемости тендера. Трибунал должен только аннулировать решение об отклонении, а истец будет иметь возможность участвовать в закупках.
3. Трибунал поручает закупаящему органу по-новому оценить тендеры, потому что закупаящий орган не проверил соответствующим образом слишком низкие цены, представленные в тендере. Если закупаящий орган уже принял решение о присуждении контракта, то трибунал должен аннулировать это решение о присуждении контракта, потому что закупаящий орган, в противном случае, может заключить контракт.

На практике «указания» редко используются отдельно и часто совмещаются с другими средствами правовой защиты в виде аннулирования. В основном, это отмена решения закупаящего органа, которая в большинстве случаев необходима перед тем, как закупаящий орган предоставит решение повторно, следуя инструкциям. В противном случае, закупаящему органу придется отозвать решение.

6.4.4.3 Отмена решения закупаящего органа

В случае нарушения закона о государственных закупках, наиболее типичное средство правовой защиты – это решение трибунала об отмене решения закупаящего органа или удаление технических условий тендера. Такое решение трибунала, как правило, связано с таким средством правовой защиты как «указания», например, изменить конкурсную документацию определенным образом. Тем не менее, орган по пересмотру не является закупаящим органом, поэтому изменения в тендерной документации могут быть сделаны только закупаящим органом.

Несколько средств правовой защиты могут применяться после отмены решения закупаящего органа или удаления спецификаций тендера. Они включают в себя:

- Установить новые критерии квалификации и повторить ту часть закупки, которая начинается с оглашения новых критериев
- Опубликовать новое уведомление
- Повторно оценить заявки на участие в процедуре закупки, если были допущены ошибки¹¹⁶
- Оценить заявку заявителя, если неспособность закупаящего органа сделать это привела к нарушению законодательства о закупках

¹¹⁶ Например, акты выполненных работ для того, чтобы претендовать на участие в тендерах в ограниченной процедуре.

- Предоставить возможность всем участникам тендера подать новые заявки для того, чтобы исправить предыдущее нарушение законодательства о государственных закупках
- Предоставить всем участникам тендера, которые уже подали заявки, привести в порядок заявки в течение дополнительного периода времени, установленного закупочным органом
- Надлежащим образом определить предмет тендера и повторить процедуру присуждения контракта с этого момента
- Вернуть процедуру присуждения контракта на этап, предшествующий подаче заявок и позволить участникам тендера подготовить заявки на основании исправленной тендерной документации, которая является «нейтральным продуктом»¹¹⁷
- Переоценить поданные заявки, в соответствии с правовым решением трибунала о том, как их необходимо оценивать в рамках конкретной процедуры присуждения контракта
- Повторить оценку заявок, если оценка имеет недостатки, а документы по оценке заявок необоснованны¹¹⁸
- Предоставить заявителю, заявка которого была отклонена в законном порядке, возможность оспаривать оценку тендерных заявок других участников, также получивших отказ, и таким образом, не давая другим участникам тендера право получить контракт¹¹⁹

Орган по пересмотру должен всегда принимать во внимание, что изменение предмета контракта или квалификационных критериев может привести к привлечению других субъектов экономической деятельности, что обеснует необходимость заново запустить процедуру закупки с самого начала и, следовательно, процедура должна быть отменена.¹²⁰ Любое изменение критерия присуждения контракта ведет к отмене процедуры закупки.¹²¹

6.5 Период ожидания

В соответствии с «Директивами о средствах правовой защиты», жалоба не останавливает процедуру закупки. Поэтому, если не было обозначено периода ожидания, закупочный орган может заключить контракт с победителем тендера до регистрации протеста. Целью периода ожидания, является предоставление участникам тендера времени, чтобы проверить законность решения и при необходимости подать жалобу.¹²² Таким образом, период ожидания является результатом принципа эффективных средств правовой защиты.

Чтобы обеспечить участников тендера эффективным средством правовой защиты для оспаривания всех присужденных решений закупочных органов, «Директива о средствах правовой защиты» вводит период ожидания между принятием решением о присуждении контракта и заключением контракта с победителем тендера.¹²³ Закупочный орган не должен заключать контракт в период ожидания. В соответствии с «Директивой о средствах правовой защиты», государства-члены ЕС могут воздерживаться от предоставления периода ожидания при определенных условиях, которые включают в себя:

- Если директивы по закупкам¹²⁴ не предусматривают предварительной публикации уведомления о контракте
- Если на стадии присуждения в конкурсе участвует всего лишь один участник тендера

117 Например, не дискриминирующей, относительно типа или условий по товарам или услугам, которые являются предметом закупки.

118 Неясные, несоответствующие и недостаточно обоснованные объяснения решения закупочного органа.

119 Но см. Решение Европейского Суда от 19 июня 2003, *Hackermüller* (C-249/01, ECR 2003, I-6319). Трибунал может отклонить жалобу, если тендер истца был отклонен законно и без ущерба его интересам.

120 Решение Европейского Суда от 19 июня 2008, *pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, ECR 2008, I-4401) параграф 34.

121 Решение Европейского Суда от 4 декабря 2003, *EVN and Wienstrom* (C-448/01, ECR 2003, I-14.527) параграф 94.

122 Решение Европейского Суда от 28 октября 1999, *Alcatel Austria and others* (C-81/98, ECR 1999, I-7.671) параграф 40.

123 Статья 2а «Директивы о средствах правовой защиты»; Статья 2а «Директивы о средствах правовой защиты коммунальных предприятий»; Статья 60 «Директивы о защите».

124 Директивы 2004/17/ЕС, 2004/18/ЕС ЕС 2009/81/ЕС устанавливают основные правила закупок для государственных закупочных органов, контрактов в области коммунальных услуг и контрактов касательно обороны и безопасности..

- В случае контракта, основанном на рамочном соглашении, или специфическом контракте, основанном на динамичной системе закупок
- Если период ожидания составит не менее десяти дней¹²⁵ от вынесения решения о присуждении контракта

6.6 Недействительность контракта

Целью признания контракта недействительным является применение санкций к грубым нарушениям основных правил закупок. Признание контракта недействительным должно препятствовать возможности закупающего органа и подрядчика извлечь выгоду от противозаконного поведения и способствовать возврату контракта на рынок. Тем не менее, обстоятельства могут измениться в период между незаконным заключением контракта и расторжением контракта. Следовательно, будет неясно, если закупающий орган все еще имеет необходимый бюджет для новой процедуры закупки, или если он все еще нуждается в результатах закупок, или, если его планы изменились. Таким образом, нет никакой гарантии, что контракт будет возвращен на рынок в короткий промежуток времени.

6.6.1 Что такое недействительность контракта?

В государствах-членах ЕС правом применять это средство наделяются суды и органы по пересмотру административных решений. В зависимости от национального законодательства, суд или орган по пересмотру административных решений может распорядиться:

- Об отмене всех договорных обязательств задним числом
- О предстоящей отмене договорных обязательств и ограничении масштаба отмены обязательств, которые еще должны будут быть выполнены

В случае предстоящей отмены, орган по пересмотру административных решений уполномочен налагать штрафы на закупающие органы.¹²⁶

6.6.2 Кто может добиваться признания контракта недействительным?

Любое лицо, которое могло иметь интерес в получении конкретного контракта и которое понесло ущерб или рискует понести ущерб в связи с нарушением. Достаточно того, чтобы лицо, которое стремится к признанию контракта недействительным, было лишено возможности участвовать в процедуре закупки, следуя правилам закупки. Не обязательно определять, что это лицо могло бы получить контракт.

6.6.3 Когда контракт может быть признан недействительным судом или органом по пересмотру?

6.6.3.1 Общее правило

«Директивы ЕС о средствах правовой защиты» предлагают три случая, когда контракт будет объявлен недействительным. Это включает:

1. Не опубликование соответствующего уведомления о контракте – контракт был присужден без предварительной публикации уведомления о контракте, в случаях, когда правила закупки требуют такого уведомления.
2. Не соблюдение периода ожидания/приостановления – контракт присужден в нарушение периода ожидания, если такое нарушение:

¹²⁵ Десятидневный лимит времени изначально был определен Статьей XX (5) «Соглашения по государственным закупкам»

¹²⁶ Статья 2d «Директивы о средствах правовой защиты»; Статья 2d «Директивы о средствах правовой защиты коммунальных предприятий»; Статья 6d «Директивы о защите».

- Лишает участника тендера возможности подавать заявление о пересмотре возможного применения средств правовой защиты, используемых до присуждения контракта, а именно, временных мер или аннулирования решения закупочного органа
 - Явилось нарушением существенных норм о средствах правовой защиты, но не правил проведения закупок, со стороны закупочного органа путем присуждения контракта до того, как орган по пересмотру принял решение по заявлению о введении временных мер, и, следовательно, препятствовал органу по пересмотру в принятии временных мер
 - Повлияло на возможность участника тендера подавать заявление о пересмотре, чтобы получить контракт путем его присуждения в период ожидания
3. Несоблюдение процедурных правил – контракт присужден с нарушением правил, применяемых к рамочным соглашениям или динамическим системам закупок, а цена контракта выше действующего ценового предела, предусмотренного правилами закупки.

Недействительность контрактов применяется только в тех случаях, когда закупочный орган нарушает основополагающие принципы процедуры закупок. Очевидно, что процедура закупки, без обеспечения необходимой прозрачности или при заключении контракта в период ожидания, является нарушением основополагающих принципов.

Присуждение контракта, основанное на рамочном соглашении или динамической системе закупок, не в соответствии с правилами проведения закупок, является меньшим нарушением основополагающих принципов государственных закупок, так как это может быть просто неверной суммой баллов, используемых при оценке тендеров.

6.6.3.2 Исключение

Орган по пересмотру административных решений не имеет права объявлять контракт недействительным, если есть первостепенные причины, представляющие общий интерес, которые требуют оставить контракт без изменений. Однако, такое право действовать по усмотрению может быть использовано только в исключительных обстоятельствах.¹²⁷ Например, интересы закупочного органа должны быть отделены от причин, представляющих общий интерес. Чисто финансовые причины могут быть приняты во внимание только, если они приведут к непропорциональным последствиям. При закупках в сфере обороны или безопасности интересы национальной безопасности могут оправдать не признание контракта недействительным. Следовательно, орган по пересмотру должен проводить отдельную оценку каждого случая.

6.6.4 Влияние недействительности

В качестве общего принципа, орган по пересмотру или суд должен принять решение об отмене контракта задним числом. Закупочный орган и подрядчик должны оказаться в исходном положении, как если бы они никогда не заключали такой контракт. В некоторых ситуациях это может иметь отрицательные последствия, поскольку работы, поставки или услуги не могут быть возвращены.

Примеры

1. Закупочный орган заключил договор на услуги по уборке, а в процедуре закупки отсутствовала предварительная публикация уведомления о контракте. Услуги выполняются за некоторое время до расторжения контракта задним числом. Проблемы возникают, когда производится оплата оказанных услуг, поскольку отсутствует назначенная цена.
2. Закупочный орган присуждает контракт на строительство, а в процедуре закупки отсутствовала предварительная публикация уведомления о контракте. После того, как был закончен подвал, было принято решение о расторжении

¹²⁷ Статья 2d(3) «Директивы о средствах правовой защиты»; Статья 2d(3) «Директивы о средствах правовой защиты коммунальных предприятий»; Статья 60 «Директивы о защите».

контракта задним числом. Закупающий орган должен продолжить работы и начать новую процедуру закупки. Таким образом, отсутствует контракт, обязательства по выплатам за строительство подвала и фиксированная цена. Для продолжения работ, другому субъекту экономической деятельности придется продолжать строительство над подвалом, который он изначально не строил, за который, соответственно, он не будет нести ответственности и не может полагаться на любые другие предшествующие обязательства. Все это создает трудности в поиске субъекта экономической деятельности для завершения контракта в целом, без дополнительного повышения цен.

3. После аварии, которая разрушила его автопогрузчик,купающий орган купил новый автопогрузчик, который был специально адаптирован для работы со шлаком с установки для сжигания отходов. Автопогрузчик необходим для обеспечения предоставления коммунальных услуг. Закупающий орган потратил слишком много времени для этой закупки, так что она могла быть выполнена по ускоренной процедуре закупок. Если было принято решение о расторжении контракта на закупку задним числом, коммунальные услуги не могут быть выполнены.¹²⁸
4. Главная ассоциация социального страхования заключила рамочное соглашение на программное обеспечение для сбора данных по использованию лекарственных средств. Ассоциация выбрала три компании по производству программного обеспечения для врачей, без проведения процедуры закупки. Если было принято решение о расторжении контракта задним числом, то оказанные услуги должны быть возвращены, что в данном случае затруднительно. Таким образом, контракт расторгнут в части невыполненных работ. Тем не менее,купающий орган продолжает присуждать контракты на основании рамочного соглашения, которого на настоящий момент не существует.¹²⁹

Таким образом, целесообразно отменить предполагаемый контракт либо в части объема еще невыполненных работ, либо по времени. В таких случаях,купающий орган и подрядчик уже получили выгоды от противоправного поведения, и к ним должны быть применены соответствующие санкции..

6.6.5 Альтернативные санкции

Если контракт не отменен задним числом, альтернативные санкции должны быть наложены накупающий орган.¹³⁰ Альтернативные санкции должны быть «эффективными, пропорциональными и оказывающими сдерживающее воздействие (разубеждающими)». Альтернативные санкции, так или иначе, похожи на штрафы в области картельного права, так как они не предназначены нести бремя вины в значении уголовного права, а предписываются на основании серьезных нарушений принципов закупок.

Альтернативные санкции включают распоряжениекупающему органу оплатить штраф, с учетом аспектов дела. Например, учитывая тяжесть нарушения правил закупок и получаемой выгоды, или продолжительность нарушения. Тем не менее, штраф не должен быть выплачен тому же органу, к которому принадлежиткупающий орган, потому что это будет только перевод из одной бюджетной позиции в другую, и не будет оказывать сдерживающее воздействие. Таким образом, платеж должен быть сделан в другой орган, независимый откупающего органа. В австрийской практике платежей средств производится в фонды на социальные нужды, или с целью развития бизнеса.

6.7 Возмещение ущерба

В соответствии с «Директивой о средствах правовой защиты», местное законодательство может предусматривать возмещение ущерба на основании того, что решениекупающего органа было незаконным.¹³¹ В рамках ЕС государства-члены определяют орган, правомочный в возмещении ущерба субъекту экономической деятельности, пострадавшему от нарушения правил закупок. В целом, роль трибунала ограничивается подтверждением факта нарушения закона о государственных закупкахкупающим органом. Трибунал не принимает решения о размере компенсации и не обязан устанавливать размер ущерба, понесенного

¹²⁸ *Vergabekontrollsenat Wien* Решение от 26 мая 2011, VKS-2573/11.

¹²⁹ *Bundesvergabeamt* Решения от 13 мая 2011, F/0002, F/0007, F/0008, F/0009-BVA/13/2011-69 и от 29 декабря 2011, F/0011-BVA/13/2011-37.

¹³⁰ Статья 2е «Директивы о средствах правовой защиты»; Статья 2е «Директивы о средствах правовой защиты коммунальных предприятий»; Статья 60 «Директивы о защите».

¹³¹ Статья 2(1)(с) «Директивы о средствах правовой защиты»; Статья 2(1)(d) «Директивы о средствах правовой защиты коммунальных предприятий»; Статья 60 «Директивы о защите».

заявителем. Окончательное решение о сумме ущерба принимает суд. Для того, чтобы потребовать возмещения убытков, заявитель / истец должен доказать суду, что имело место нарушение закона о государственных закупках и ему был причинен вред, а также наличие причинно-следственной связи между нарушением и причинением вреда. Нарушение будет установлено на основании решения трибунала. Таким образом, заявитель «всего лишь» должен доказать, что ему был причинен вред таким нарушением.

Суммой требования могут быть затраты на подготовку предложения или участие в процедуре присуждения, а также могут являться упущенной выгодой по контракту. Истец должен выбрать, на что он будет подавать жалобу. «Директива о средствах правовой защиты коммунальных предприятий» предусматривает, что для жалобы с требованием возмещения затрат на подготовку предложения или участие в процедуре закупки, достаточно доказать нарушение и то, что истец имел реальный шанс выиграть контракт.¹³² Если жалоба требует возмещения упущенной выгоды, истец должен доказать реальную возможность получения им контракта, если процедура закупки была бы проведена закупающим органом законно. Истцу трудно доказать получение данного контракта, потому что он всегда будет располагать неполной информацией о проведенной процедуре закупок.

Это средство правовой защиты не очень часто используется, потому что сложно назначить компенсацию.¹³³ С другой стороны, удовлетворение исков о нанесении ущерба может стать эффективным сдерживающим фактором для нарушения законодательства о закупках закупающими органами. В некоторых случаях, даже выигравшие некоторое количество процедур в различных судах субъекты экономической деятельности сомневаются при подаче жалоб с требованиями о возмещении ущерба.¹³⁴

6.8 Выводы

Единственной целью средств правовой защиты является обеспечение индивидуальных прав субъектов экономической деятельности, полученных в соответствии с законодательством о закупках. Средства правовой защиты начинаются с заявления от субъекта экономической деятельности с требованием правовой защиты. Тем не менее, из-за характера процедур закупок, субъекты экономической деятельности должны своевременно запрашивать трибунала о применении средств правовой защиты. Первоначальной целью средств правовой защиты является изменение решения закупающего органа, которое нарушает законодательство о закупках для того, чтобы завершить процедуру закупки в законном порядке.

Виды средств правовой защиты ЕС включают: временные меры – предварительные постановления, которые направлены на исправление предполагаемого нарушения или предотвращение дальнейшего ущерба интересам заинтересованных сторон; аннулирование решений – предназначенное для исправления процедуры закупки, путем аннулирования решения закупающего органа; недействительность контракта – аннулирование контракта, имеющее обратную силу, в случаях выявления грубых нарушений правил закупок; альтернативные санкции – требуемые на основании грубых нарушений принципов закупок; и, возмещение ущерба – получаемое после заключения контракта, если закупающий орган грубо нарушил правила закупок.

Однако, если государство хочет ввести объективный контроль над процедурами государственных закупок, должны быть использованы другие средства. Например, организация правомочна проверить процедуры закупок в силу своей официальной позиции, либо пересмотреть жалобу стороны заинтересованной в контракте, а также использовать средства правовой защиты уголовного преследования в случае обнаружения нарушений. При этом, может быть осуществлен контроль с помощью механизма счетной палаты.¹³⁵

Кроме того, государства могут давать право профессиональным ассоциациям привлекать средства правовой защиты, относительно опротестования контрактных документов членом таких ассоциаций. Решение трибунала о назначении средств правовой защиты является наиболее весомым исходом трибунала по пересмотру государственных закупок. Следовательно, прежде чем рассматривать доступные варианты, трибунал должен использовать свои полномочия по применению усмотрения, а также свое право принимать решения и действовать, прежде чем привлекать средства правовой защиты - применение права усмотрения детально рассматривается в следующей главе.

¹³² Статья 2(7) «Директивы о средствах правовой защиты коммунальных предприятий».

¹³³ *Public Procurement Training for IPA Beneficiaries, Module F, Sigma, 2010, стр. 19.*

¹³⁴ См. Например, процессы, относящиеся к Решению Европейского Суда от 28 октября 1999, *Alcatel Austria and others (C-81/98, ECR 1999, I-7.671)*.

¹³⁵ *Механизмы контроля счетной палаты во всех государствах членах.*

Право усмотрения

7.1 Обзор

Трибуналы по пересмотру в сфере закупок были наделены правом усмотрения для того, чтобы их члены могли позволять себе некоторую степень свободы при выборе нескольких юридически допустимых решений, одно из которых является наиболее подходящим для рассматриваемого дела. Члены трибунала имеют право принимать решения и действовать, в соответствии с их решением или выбором, так как действия по применению законодательства к обстоятельствам дела, не во всех случаях дает правильный ответ. В этой главе рассматриваются ситуации, в которых члены трибунала могут применять право усмотрения, и изучаются факторы и основные шаги, которые необходимо учитывать при реализации права усмотрения. На общетеоретической основе эта глава иллюстрирует основные принципы и правила о том, как применять право усмотрения, и использование права усмотрения согласно рекомендациям Совета Европы (СЕ). Эти принципы и рекомендации отражают подробные руководства по использованию передового опыта, разработанные в странах общего права. Для того, чтобы подчеркнуть особенности принципов и рекомендаций, на протяжении всей главы приводятся многочисленные практические примеры, направленные на то, чтобы проиллюстрировать функциональные шаги, которые необходимо учесть при осуществлении права усмотрения, и на то, как определять спорные вопросы жалобы. Эти примеры также направлены на оказание помощи членам трибунала в принятии решения о том, проводить ли устное слушание, а также, в принятии решений относительно запроса доказательств или выбора средства правовой защиты. Глава начинается с рассматривания темы права усмотрения в контексте перспектив пересмотра в сфере государственных закупок.

7.2 Что такое право усмотрения?

Усмотрение - это полномочие или право принимать решение согласно собственному мнению или выбору.¹³⁶ В «Рекомендации № R (80) 2» по поводу реализации дискреционных полномочий административными органами (далее – «**Рекомендация**») Совет Европы определяет «усмотрение», как полномочие, которое оставляет трибуналу определенную степень свободы, относительно принятия решения, что позволяет ему выбирать из нескольких юридически допустимых решений то, которое он считает наиболее подходящим. При реализации этих принципов должным образом необходимо учитывать требования хорошего и эффективного управления, а также учитывать интересы третьих лиц и основные государственные интересы.¹³⁷

7.3 Как применять право усмотрения?

Если члену трибунала предоставляется право усмотрения, простое применение закона к фактам зачастую не дает правильный ответ. Также, может быть, необходимо определить, какое из нескольких возможных применений закона является наиболее справедливым и разумным, с учетом обстоятельств конкретного дела.¹³⁸ Право усмотрения должно применяться разумно, добросовестно и на должных основаниях. Оно не должно применяться в неправомерных целях или на основании не относящихся к делу соображений, таких как личные убеждения или ценности.¹³⁹

7.3.1 Рекомендация

Рекомендация СОЕ устанавливает основные принципы, которые должны соблюдаться при осуществлении трибуналом дискреционных полномочий. Основные принципы требуют от трибунала:

¹³⁶ <http://dictionary.reference.com/browse/discretion>.

¹³⁷ Рекомендация № R (80) 2 по поводу реализации дискреционных полномочий административными органами, принятая Комитетом министров 11 марта 1980 г., Совет Европы; <https://wcd.coe.int/t/com.instranet.InstraServlet?command=com.instranet.CmdBlobGet&InstranetImage=2009056&SecMode=1&DoctId=667512&Usage=2>.

¹³⁸ *A Manual for Ontario Adjudicators, Society for Ontario Adjudicators and Regulators*, 2000, сmp 53.

¹³⁹ B. McLachlin, *Rules and Discretion in the Governance of Canada*, 56 Sask L. Rev., 1992, сmp. 174.

7.3.1.1 Непреследования иных целей, помимо тех, для достижения которых он наделен полномочиями (цели дискреционных полномочий)

Этот принцип подчеркивает, что трибунал, наделенный дискреционными полномочиями, должен рассматривать, как основную цель, единственную цель, или одну из целей, ради которой эти полномочия были созданы. Если решение может повлечь второстепенные последствия, которые не соответствуют целям, для которых предоставлены дискреционные полномочия, такие второстепенные последствия не подпадают под рассмотрение при оценке законности решения.¹⁴⁰

7.3.1.2 Соблюдения объективности и беспристрастности, принимая во внимание только факторы, имеющие отношение к конкретному делу (объективности и беспристрастности)

Объективность и беспристрастность, при осуществлении дискреционных полномочий, включают обязательства, налагаемые на трибунал, учесть все факторы, имеющие отношение к конкретному делу, и только эти факторы, придавая каждому из них свой вес. Такие факторы не должны учитываться в неуставленном порядке или пренебрегаться, также следует избегать любого неправильного суждения, которое не имеет отношения к принятию решения.

Термин «факторы» включает в себя факты и правовую основу для принятия решения. «Соответствующие факторы» состоят из фактов, суждений и правовой основы, которые трибунал должен принять во внимание в каждом конкретном случае.

Трибунал должен стремиться ознакомиться, и при необходимости по собственной инициативе, с факторами, которые он сочтет соответствующими в данном конкретном случае. Например, с помощью относящихся к делу документов, информации от заинтересованных сторон или третьих лиц и мнений экспертов.¹⁴¹

7.3.1.3 Соблюдения принципа равенства перед законом, избегая несправедливой дискриминации (равенства перед законом)

Цель этого принципа заключается в предотвращении несправедливой дискриминации, путем обеспечения того, чтобы лицам в тех же фактических или юридических ситуациях предоставлялось такое же отношение, как в ситуациях, когда применяется осуществление дискреционных полномочий.

Если различие в отношении основано на разумных основаниях, при этом может быть объективно оправдано с учетом преследуемой цели, нарушения принципа равенства перед законом нет. Несправедливая дискриминация существует только там, где различное отношение не имеет разумного обоснования относительно целей и последствий рассматриваемой меры.

Этот принцип не исключает возможности того, что трибунал изменит свою линию поведения, исходя из соображений общего интереса, или потому, что прежняя практика оказалась незаконной или ненадлежащей.¹⁴²

7.3.1.4 Поддержания необходимого баланса между любыми неблагоприятными последствиями, которые решение может оказать на права, свободы и интересы других лиц, и целью, которую оно преследует (пропорциональности)

Этот принцип применяется, в частности, тогда, когда решение, принятое в осуществлении дискреционных полномочий, негативно сказывается на правах, свободах или интересах личности; его целью является обеспечение разумного баланса между находящимися под угрозой интересами. Например, государственные интересы, с одной стороны, и частные интересы отдельных лиц, с другой. Он подчеркивает, что трибунал, которому предоставляется право усмотрения, не должен

140 Recommendation No. R (80) 2 Concerning the Exercise of Discretionary Powers by Administrative Authorities, adopted by the Committee of Ministers on 11 March 1980, the Council of Europe, paragraph 17.

141 Recommendation No. R (80) 2 Concerning the Exercise of Discretionary Powers by Administrative Authorities, adopted by the Committee of Ministers on 11 March 1980, the Council of Europe, paragraph 19-21.

142 Recommendation No. R (80) 2 Concerning the Exercise of Discretionary Powers by Administrative Authorities, adopted by the Committee of Ministers on 11 March 1980, the Council of Europe, paragraphs 22-23.

чрезмерно обременять отдельных лиц, относительно преследуемой цели.¹⁴³

7.3.1.5 Принятия решения в разумные, с точки зрения рассматриваемого дела, сроки (разумных сроков)

Целью этого принципа является защита сторон от произвола трибунала в отношении времени. Одним из принципов пересмотров в сфере закупок является то, что пересмотр должен быть осуществлен без промедления. Так как пересмотр в сфере закупок имеет дело с предконтрактными решениями, необходимо принимать решение быстро, в противном случае процедура закупки не сможет быть продолжена на разумных основаниях после завершения пересмотра.

7.3.1.6 Последовательного применения любых общих административно-руководящих принципов с учетом конкретных обстоятельств каждого дела (последовательности)

Этот принцип подчеркивает важность последовательности в административной практике. Он относится к общему принципу равенства, и призван способствовать предсказуемости и определенности, и также подчеркивает необходимость отдельного рассмотрения конкретных обстоятельств каждого дела..¹⁴⁴

7.3.2 Общие рекомендации для трибуналов

Рекомендуется соблюдать следующие правила при ежедневном использовании права усмотрения. Они включают:

- Уважать цель закона
- Рассматривать только соответствующие факторы
- Приводить логические аргументы для использования права усмотрения
- Быть последовательным
- Игнорировать личное предубеждение
- Выбирать один из вариантов
- Рассматривать каждый вариант
- Законность превалирует над последовательностью
- Обсуждать со своими коллегами

Следующие девять пунктов рассматривают и последовательно поясняют каждое из этих правил.

7.3.2.1 Уважать цель закона

Право усмотрения должно осуществляться в пределах закона. Решения должны соответствовать цели и намерениям закона, а также его тексту.¹⁴⁵ При применении права усмотрения, согласно закону о государственных закупках, решения трибунала должны соответствовать основным принципам закупок. Эти принципы закупок включают:

7.3.2.1.1 Равное отношение

Отношение к идентичным ситуациям одинаково или к разным ситуациям — по-разному.

¹⁴³ Рекомендации № R (80) 2 по поводу реализации дискреционных полномочий административными органами, принятая Комитетом министров 11 марта 1980 г., Совет Европы, параграф 24.

¹⁴⁴ Рекомендации № R (80) 2 по поводу реализации дискреционных полномочий административными органами, принятая Комитетом министров 11 марта 1980 г., Совет Европы, параграф 30.

¹⁴⁵ *A Manual for Ontario Adjudicators, Society for Ontario Adjudicators and Regulators, 2000, сmp. 53.*

Пример

Если два участника тендера представляют идентичные документы для квалификации на втором этапе ограниченной процедуры, оба документа должны быть приняты (если они соответствуют критериям тендера), либо оба документа должны быть отвергнуты (если критерии тендера не соблюдены). Если трибунал приходит к выводу, что оба участника тендера должны быть исключены, в связи с их неспособностью предоставить адекватные документы, трибунал должен отменить решение закупающего органа по оценке квалификации тендера и назначить новую оценку.

Если закупающий орган не смог правильно оценить документы заявителя и, таким образом, участник тендера не проходит на второй этап ограниченной процедуры, трибунал должен обязать закупающего органа включить участника тендера во второй этап ограниченной процедуры.

7.3.2.1.2 Отсутствие дискриминации

Участники тендеров не должны чувствовать дискриминацию по признаку национальности.¹⁴⁶ Дискриминация может быть прямой, при открытом исключении участников тендера из-за их национальности или косвенной, при создании таких условий, которые могут выполнить только граждане определенной страны, или же утверждая, что для участников тендера другой национальности, нет никакого интереса в заключении контракта.¹⁴⁷ Даже потенциальная дискриминация участников тендера других национальностей напрямую относится к данному вопросу.¹⁴⁸

Пример

Закупающий орган не должен ограничивать тендеры для участников из конкретного города или региона. Если это так, то трибунал должен отменить дискриминирующие условия тендера / контракта или отменить тендер в целом, если отмена дискриминирующих условий не представляется возможной.

Закупающий орган требует использования в максимально возможной степени национальных материалов, потребительских товаров, рабочей силы и оборудования. Органу по пересмотру придется отменить это положение или отменить процедуру закупки, если отмена дискриминирующих условий не представляется возможной.¹⁴⁹

7.3.2.1.3 Прозрачность

Обеспечение любого потенциального участника тендера определенной степенью рекламы, которая является достаточной, чтобы обеспечить конкуренцию на открытом, таким образом, рынке услуг и способствовать проведению обзора беспристрастности процедур закупок.¹⁵⁰

Прозрачность является вторичным принципом, вытекающим из первичных принципов. Таких как, например, равенство,¹⁵¹ отсутствие дискриминации¹⁵² или принципы «Договора о функционировании ЕС¹⁵³», с целью предоставления участникам тендера возможности увидеть выполняются ли эти принципы.¹⁵⁴ Целью прозрачности является защита участников тендера от самоуправления закупающего органа.¹⁵⁵

¹⁴⁶ Решение Европейского Суда от 21 июля 2005, Co.Na.Me. (C-231/03, ECR 2005, стр. I-7.287) параграф 19.

¹⁴⁷ Решение Европейского Суда от 13 ноября 2007, Commission/Ireland (C-507/03, ECR 2007, стр. I-9.777) параграф 31.

¹⁴⁸ Решение Европейского Суда от 13 октября 2005, Parking Brixen (C-458/03, ECR 2005, стр. I-8.585) параграф 55.

¹⁴⁹ Решение Европейского Суда от 22 июня 1993, Commission/Denmark (C-243/89, ECR 1993 стр. I-3.353).

¹⁵⁰ Решение Европейского Суда от 7 декабря 2000, Telaustria (C-324/98, ECR 2000, стр. I-10.745), параграф 62.

¹⁵¹ Решение Европейского Суда от 29 марта 2012, SAG Slowensko (C-599/10, еще не опубликовано OEC) параграф 75.

¹⁵² Решение Европейского Суда от 22 апреля 2010, Commission/Spain (C-423/07, ECR 2010, стр. I-3.429) параграф 75.

¹⁵³ Решение Европейского Суда от 9 сентября 2010, Engelmänn (C-64/08, ECR 2010 стр. I-8.219) параграф 49.

¹⁵⁴ Решение Европейского Суда от 18 ноября 1999, Unitron Scandinavia and 3-S (C-275/98, ECR 1999, стр. I-8.291) параграф 31;

¹⁵⁵ Решение Европейского Суда от 10 февраля 1982, Transporoute (76/81, ECR 1982, стр. 417).

Принцип прозрачности включает не только обязательство публиковать уведомление о тендере¹⁵⁶, но и заранее опубликовать критерии выбора¹⁵⁷ и присуждения¹⁵⁸. “Принцип прозрачности означает, что все условия и подробные правила процедуры присуждения должны быть составлены в ясной, четкой и недвусмысленной форме в уведомлении или документах контракта, с тем, чтобы, во-первых, все оправданно информированные участники тендера, принимающие обычные меры предосторожности, могли понимать их точное значение и толковать их таким же образом, и, во-вторых, закупающий орган имел возможность убедиться в том, что представленная заявка на тендер соответствует критериям, применяемым к соответствующему контракту”.¹⁵⁹ Закупающий орган также должен аргументировать свои решения.¹⁶⁰

Примеры

Информация об объявленных тендерах должна быть доступна всем участникам тендера (в зависимости от процедуры закупок) и должна содержать все соответствующие требования. Если закупающий орган нарушает это обязательство, то трибунал должен отменить весь тендер.

Закупающий орган требует, чтобы поставляемый продукт имел сертификацию CE, которая бы показывала соответствие требованиям директивы по медицинскому оборудованию. Одна заявка на тендер была отклонена, так как медики сказали, что она неполная, хотя и с сертификацией CE. Трибуналу необходимо аннулировать решение по отклонению соответствующего тендера, так как продукт отвечает требованиям спецификаций.¹⁶¹

7.3.2.1.4 Пропорциональность

Требования, выбранные для квалификации тендера, должны соответствовать объекту тендера. При оценке пропорциональности квалификационных критериев тендера, трибунал должен проанализировать их совместимость с конкретным тендером, а не их общую пригодность.

Пример

Тендер на предоставление услуг по уборке не может содержать, в качестве квалификационных критериев, стоимость, которая значительно превышает стоимость тендера. Если трибунал установил, что квалификационные критерии нарушают принцип пропорциональности, он должен либо отменить такой критерий, либо отменить весь тендер, если наличие такого критерия может существенно повлиять на количество участников тендера.

При применении основных принципов трибунал рассматривает вид процедуры присуждения контрактов, способ публикации уведомления о процедуре присуждения контрактов, квалификационные критерии и критерии отбора, тип услуг или товаров, которые должны быть предоставлены в соответствии с процедурой присуждения контрактов, и существенность предполагаемого нарушения закона о государственных закупках.

7.3.2.2 Рассматривать только соответствующие факторы

Делая выбор, члены трибунала должны рассматривать только соответствующие факторы. Другими словами, те факторы,

¹⁵⁶ Решение Европейского Суда от 6 апреля 2006, ANAV (C-410/04, ECR 2006, стр. I-3.303) параграф 22.

¹⁵⁷ Решение Европейского Суда от 18 октября 2001, SIAC Construction (C-19/00, ECR 2001, стр. I-7.725) параграф 21 и 43.

¹⁵⁸ Решение Европейского Суда от 20 сентября 1988, Beentjes (31/87, ECR 1988, стр. 4.635) параграфы 31 и 36; от 26 сентября 2000, Commission/France (C-225/98, ECR 2000, стр. I-7.445) параграф 51; и от 17 сентября 2002, Concordia Bus Finland (C-513/99, ECR 2002, стр. I-7.213) параграф 62.

¹⁵⁹ Решение Европейского Суда от 10 мая 2012, Commission/Netherlands (C-368/10, еще не опубликовано OEC) параграф 109.

¹⁶⁰ Решение Европейского Суда от 18 июля 2002, HI (C-92/00, ECR 2002, стр. I-5.553) параграф 45 и от 11 января 2005, Stadt Halle (C-26/03, ECR 2005, стр. I-1) параграф 39.

¹⁶¹ Решение Европейского Суда от 14 июня 2007, Medipac – Kazantzidis (C-6/05, ECR 2007 стр. I-4.557).

которые соответствуют цели и тексту закона. Члены трибунала не должны принимать во внимание неуместные или не имеющие значения факторы.^{162 163} При рассмотрении жалоб, трибунал должен рассматривать факты конкретной процедуры закупок. Он не должен принимать во внимание любую информацию, вытекающую из предыдущих отношений с этим закупочным органом или заявителем. Заинтересованные стороны должны быть осведомлены о сторонах процедуры пересмотра, которые пытаются добавить несоответствующие факторы для того, чтобы отвлечь внимание от соответствующих факторов.

7.3.2.3 Приводить логические аргументы для использования права усмотрения

Трибунал также должен основывать свои решения на материале, который можно логически продемонстрировать, и объяснять причины своего решения.¹⁶⁴ В ситуации, когда трибуналу целесообразно выбирать между отменой всего тендера и отменой одного или двух требований тендера, трибунал должен привести доказательства и / или аргументы такого решения. Эти причины должны быть понятными и обоснованными.

7.3.2.4 Быть последовательным

Подобные случаи должны рассматриваться одинаково. Не должно быть никакой дискриминации между людьми на основании не относящихся к делу суждений.¹⁶⁵ Трибунал должен следовать своей предыдущей практике, если ранее принятые решения были вынесены в соответствии с законом.

Пример

Если трибунал принимает решение о восстановлении исключенного участника тендера в тендерной процедуре, такие же основания для восстановления должны применяться ко всем участникам тендера, которые подали аналогичные жалобы по другим процедурам проведения закупок.

Это применяется, если трибунал аннулировал решение закупочного органа по исключению участника тендера из тендерной процедуры из-за его предполагаемого несоответствия квалификационным критериям.

7.3.2.5 Игнорировать личные предубеждения

Право усмотрения должно использоваться добросовестно. Применение является недобросовестным, когда член трибунала игнорирует изложенные выше ограничения с неправомерными целями. Например, если на применение членом трибунала права усмотрения оказывается внешнее давление или влияют личные чувства по отношению к стороне, и его / ее выбор сделан не только на основании фактора, не имеющего значения, но и недобросовестно.¹⁶⁶ При рассмотрении жалоб трибунал должен рассматривать факты только конкретной процедуры закупок.

7.3.2.6 Выбирать один из вариантов

Возможность использовать право усмотрения нельзя игнорировать. Член трибунала должен выбрать один из доступных вариантов.¹⁶⁷

162 A Manual for Ontario Adjudicators, Society for Ontario Adjudicators and Regulators, 2000, cnp 53.

163 B. McLachlin, Rules and Discretion in the Governance of Canada, 56 Sask L. Rev., 1992, cnp. 173.

164 Exercising discretion, Guiding Development – Practice Notes, New South Wales, 2001, cnp. 3.

165 A Manual for Ontario Adjudicators, Society for Ontario Adjudicators and Regulators, 2000, cnp 53.

166 A Manual for Ontario Adjudicators, Society for Ontario Adjudicators and Regulators, 2000, cnp 53.

167 A Manual for Ontario Adjudicators, Society for Ontario Adjudicators and Regulators, 2000, cnp 54.

7.3.2.7 Рассматривать каждый вариант

Член трибунала должен учитывать все имеющиеся факторы при принятии решения относительно того, какой вариант выбрать на основании права усмотрения. Член трибунала не должен ограничивать свое усмотрение. Закон предусматривает возможность выбора для трибунала, член трибунала никогда не должен отказываться отдавать подлинное внимание каждому из вариантов такого выбора.¹⁶⁸

7.3.2.8 Законность превалирует над последовательностью

Должны быть рассмотрены другие варианты, даже если это приведет к не последовательности решений трибунала. Например, в прошлом, трибунал был более сосредоточен на одном из вариантов решения и не рассматривал более подробно другие доступные варианты.

Кроме того, трибунал должен быть последовательным в своем подходе к отношениям с закупающим органом, который не предоставляет тендерную документацию для пересмотра в установленные сроки. Однако, если появляются специфические факторы, то есть закупающий орган явно отказывается предоставлять документы трибуналу, последний может выбрать другой вариант, если это предусмотрено законом.

7.3.2.9 Обсуждать со своими коллегами

Хотя каждое дело передается отдельному члену трибунала, внутренний процесс принятия решений должен включать в себя обсуждения в присутствии всех членов трибунала до принятия окончательного решения по существу дела. Желательно, чтобы члены трибунала консультировались между собой для того, чтобы оценить различные варианты в соответствии с целью закона и целью конкретного раздела, который необходимо рассмотреть.

7.4 Что следует учитывать при применении права усмотрения?¹⁶⁹

- 1. Определить, что трибунал наделен полномочиями.** Проверить соответствующие законодательные акты, чтобы удостовериться, что член трибунала имеет право действовать или принимать решения.
- 2. Соблюдать законодательные и административные процедуры.** Важно, чтобы члены трибунала, ответственные за осуществление права усмотрения, следовали законодательным и административным процедурам. Например, могут быть выявлены предпосылки для применения права усмотрения такие, как запрос на доказательства по жалобе или дискуссия между членами трибунала на заседании коллегии.
- 3. Собирать информацию и устанавливать факты.** Прежде чем применять право усмотрения, необходимо собрать информацию и установить факты. Некоторые факты могут быть представлены вместе с жалобой. Другие могут быть получены с помощью запросов или дополнительного расследования.
- 4. Оценить доказательства.** Важно оценить и взвесить все доказательства, чтобы определить относящиеся к делу обстоятельства и ключевые факты. Ключевой факт – это факт, присутствие или отсутствие которого может повлиять на решение. Доказательства должны иметь непосредственное отношение к вопросам, стоящим перед трибуналом, и быть настолько точными, чтобы любые существенные факты могли быть четко установлены. При оценке доказательств, член трибунала должен игнорировать не имеющие значения мнения.
- 5. Рассмотреть критерий доказанности, который необходимо применить.** Трибунал должен понимать, что стороны процесса обжалования должны доказать факты, на которых основаны их претензии.
- 6. Действовать разумно, справедливо, избегать конфликтов интересов.** Члены трибунала должны действовать разумно, в том числе, и при принятии решений. Они должны действовать беспристрастно и не должны рассматривать дела, содержащие фактический или кажущийся конфликт интересов.
- 7. Соблюдать правила процессуальной справедливости.** Прежде чем действовать или принимать решение,

¹⁶⁸ A Manual for Ontario Adjudicators, Society for Ontario Adjudicators and Regulators, 2000, сmp 54.

¹⁶⁹ Подготовлено для данного пособия на основании Exercise of Discretion in Administrative Decision-Making, Ombudsman Western Australia, 2009, сmp. 4.

члены трибунала должны обеспечить процессуальную справедливость для всех, кого, вероятно, может коснуться результат.

8. **Рассматривать сущность дела и выносить решение.** Несмотря на наличие определенной политики, предыдущих решений и судебных решений, которые призваны направлять члена трибунала, жалобу важно рассмотреть по существу и вынести решение о рассматриваемом вопросе.
9. **Предоставить причины принятого решения.** Члены трибунала должны обосновывать свои решения.
10. **Создавать и вести записи.** Важно, чтобы создавались и велись записи относительно принятых во внимание вопросов, оценки доказательств и причин принятия решений во время процесса.

7.5 Право усмотрения в практических ситуациях

Трибуналу предоставляется право усмотрения в следующих основных ситуациях:

- Решение о **временном распоряжении**
- Определение **вопросов** жалобы
- Решение относительно проведения **устного разбирательства**
- Решение о запросе **доказательств** у эксперта или органов местной/государственной власти;
- Решение относительно назначения **средства правовой защиты** по нарушениям закона о государственных закупках¹⁷⁰

7.5.1 Вынесение временного распоряжения

Трибунал может вынести временное распоряжение. Трибунал должен принимать во внимание несколько аспектов при принятии решения о временном распоряжении. Они включают:

- Баланс интересов
- Меры, которые являются необходимыми и подходящими
- Решение о необходимом времени

7.5.1.1 Баланс интересов

7.5.1.1.1 Угроза вреда и убытков

Как определить вред или убытки, которые угрожают истцу и требуют введения временного распоряжения для их удержания, пока трибунал рассматривает дело?

Примеры

1. Закупающий орган принял решение о присуждении контракта. После того, как прошел период ожидания,купающий орган может заключить контракт. Истец не может оказать приостанавливающее действие на процедуру проведения закупок. Истец сталкивается с угрозой ущерба от потери контракта. Таким образом, необходимо предотвратить заключение контрактакупающим органом. В противном случае, процедура пересмотра может стать неэффективной, так как трибунал неуполномочен аннулировать решение о присуждении контракта после заключения контракта. Следовательно, трибунал, по крайней мере, запретиткупающему органу заключать договор.
2. Закупающий орган принял решение об отклонении предложения участника тендера. Решение о присуждении контракта еще не было принято. Истец не сталкивается с угрозой ущерба, что он может потерять контракт, так каккупающему органу все еще необходимо принять решение о присуждении контракта, которое ему нужно будет отправить истцу,

¹⁷⁰ Например, чтобы отменить процедуру присуждения контракта, оценку предложений, условий контрактов или квалификационные критерии.

и против которого истец будет иметь возможность предпринять соответствующие действия. Таким образом, нет необходимости предписывать временные меры на этом этапе процедуры закупки.

7.5.1.1.2 Шансы на успех искового заявления

Кажется, что жалоба истца не будет удовлетворена. Трибунал должен выполнить предварительную оценку жалобы для того, чтобы увидеть добьется ли истец успеха по существу. Если нет шансов, что исковое заявление будет удовлетворено, трибунал не должен издавать временное распоряжение.

Примеры

Закупающий орган хотел купить оборудование для больниц. Заявитель предложил продукты бывшие в употреблении вместо новых. Закупающий орган отклонил его тендер. Заявитель ходатайствовал о принятии временных мер. Если в контрактных документах есть положение, требующее новые продукты вместо бывших в употреблении, которые предложил заявитель, а также варианты без удовлетворения требований тендера не допускаются, истец не имеет шансов выиграть дело. Трибунал может учитывать это обстоятельство, когда он принимает решение о временных мерах.¹⁷¹

7.5.1.1.3 Интересы сторон

Трибунал должен определить интересы сторон. Например:

- Каковы интересы истца в назначении временных мер?
- Каковы интересы заказчика по продолжению процедуры закупки?
- Каковы интересы других сторон в назначении временных мер или воздержании от этого?
- Имеют ли к этому отношение какие-либо общественные интересы, если такие общественные интересы отличны от интересов заказчика?

Трибунал должен уравновесить эти интересы и шансы на успех иска для того, чтобы определить нужно ли распоряжаться о принятии временных мер. Если трибунал считает, что он не будет распоряжаться о принятии временных мер, он может опустить шаги 2 и 3 при осуществлении права усмотрения.

Примеры

1. Закупающий орган принял решение о присуждении контракта в пользу Б. Истец А имеет интерес в заключение контракта. Истец предоставил исковое заявление и объединил его с заявлением на временные меры. Исковое заявление истца, видимо, является обоснованным. Нет особых общественных интересов в быстром заключении контракта, но есть общественный интерес в определении лучшего тендера в соответствии со спецификациями контракта и в соответствии с законом. Таким образом, интересы истца в распоряжении о временных мерах преобладают над интересами заказчика в присуждении контракта. Трибунал должен запретить заказчику заключать контракт.
2. Закупающий орган начинает процедуру закупки, отправив контрактные документы кандидатам. Один кандидат считает, что контрактные документы содержат дискриминирующие положения. Таким образом, кандидат подает иск в орган по пересмотру и требует временных мер. Его интересы принимаются во внимание в законной процедуре закупок. Кандидат хочет представить тендер на основании законных документов контракта. Тем не менее, время на представление тендеров истекает и закончится до того, как трибунал сможет принять решение. Кандидат, безусловно, имеет заинтересованность в распоряжении о временных мерах, которые дают ему возможность представить тендер на основании законных документов контракта. Так как иск кандидата является достаточно обоснованным, трибунал

¹⁷¹ См. Решение Европейского Суда от 9 апреля 2003, *CS Austria (C-424/01, ECR 2003, стр. 3.249)*.

должен распорядиться о временных мерах, потому что интересы заявителя в участии в законной процедуре закупки преобладают над интересами закупщика по продолжению процедуры закупки. Такие меры запрещают закупщику открывать тендеры и приостанавливают время представления тендерных заявок. Это решение не требует от истца представления тендера на основании контрактных документов, которые истец считает дискриминирующими. После окончания процедуры пересмотра, у истца будет достаточно времени, чтобы представить тендерную заявку.

3. Закупающий орган закупает вакцины, так как он ожидает пандемию. Один участник тендера считает, что контрактные документы являются дискриминирующими и выступает против них. Закупающий орган отвечает на заявление участника тендера о вводе временных мер, что необходимо безотлагательно начать вакцинацию с целью защиты населения от угрозы эпидемии. Если угроза эпидемии обоснована, трибунал не должен распорядиться о введении временных мерах, потому что здесь существует общественный интерес охраны жизни и здоровья населения, и этот интерес преобладает над интересом истца.

7.5.1.2 Меры, которые являются необходимыми и подходящими

Трибунал должен найти меру, применение которой необходимо для избежания возможного вреда или ущерба. Трибунал может принимать любые распоряжения, которые помогают достижению этой цели. Однако эта мера должна соответствовать конкретной ситуации, которая зависит от этапа процедуры закупок и позиции участников тендера. Мера должна быть наименее обременяющей для закупщика.

Примеры

1. Истец подает иск против решения о присуждении контракта. Следующим шагом закупщика должно быть заключение контракта. Подходящей мерой является запрещение закупщику заключать контракт.
2. Заявитель требует пересмотра тендерных документов. Время представления тендерных заявок истекает до вынесения трибуналом решения по данному делу. Необходимой мерой является запрещение закупщику открывать тендеры и приостановление времени представления тендерных заявок таким образом, чтобы обеспечить продолжение тендера после окончания процедуры по пересмотру.
3. Заявитель выступает против решения закупщика не приглашать его представлять тендерное предложение на втором этапе договорной процедуры. Чтобы сохранить его шансы на открытое участие и дать всем участникам тендера равное время на подготовку их тендерных предложений, трибунал должен запретить закупщику приглашать участников тендера предоставлять тендерные предложения. Необходимой мерой является запрет закупщику приглашать кандидатов предоставлять тендерные предложения. Это будет наименее обременяющей мерой, потому что она является единственной мерой достижения цели, а также предоставляет шанс закупщику пересмотреть и отменить свое решение.

7.5.1.3 Время

Время введения трибуналом временных мер должно быть определено в распоряжении. Времени должно быть достаточно для проведения процедуры пересмотра. Поэтому время должно быть либо фиксированным и соответствовать периоду, за который трибуналу необходимо принять решение по делу, либо быть предоставленным до конца процедуры пересмотра.

7.5.2 Определение вопросов жалобы

Определение вопросов является наиболее важной частью процесса принятия решений, поскольку оно устанавливает, какие факторы будут иметь решающее значение для трибунала при пересмотре жалобы. Другими словами, «вопросы» представляют реальную сущность спора между закупщиком и заявителем. Хотя в этом случае трибунал не осуществляет право на усмотрение согласно определению, приведенному в Рекомендации, поскольку трибунал не

выбирает из нескольких вариантов, мы полагаем, что при установлении вопросов жалобы трибунал должен применять некоторые принципы права усмотрения.

В жалобе и ответе на жалобу стороны определяют, что они считают вопросами в процедуре обжалования. Определение вопросов жалобы - это право трибунала, и пересмотр трибунала не ограничивается только вопросами, поднятыми в жалобе. Тем не менее, трибунал ограничивается обстоятельствами конкретной процедуры присуждения контрактов. Трибуналу необходимо оценивать, что непосредственно относится к делу, для принятия решение по жалобе. Он должен тщательно оценить, насколько действия и / или решения закупающего органа, оспариваемые в жалобе, составляют нарушение закона о государственных закупках, или процедура закупок нарушила закон о государственных закупках в некоторых других отношениях права, не упомянутых в жалобе. В любом случае, трибунал должен четко обосновать свой вывод. Такая оценка не может быть произвольной и должна применяться последовательно во всех процедурах.

7.5.3 Решение относительно проведения устного разбирательства

Согласно Статье 6 ЕКПЧ, трибунал должен провести устные слушания. Однако устные слушания не всегда необходимы и могут в определенных случаях не проводиться. При принятии решения о проведении устного слушания трибунал должен рассмотреть следующие вопросы:

- Принцип **справедливого судебного разбирательства**. Обычно для этого требуется устное слушание.
- **Сложность** дела. Если трибунал может принять решение на основании материалов дела, и нет необходимости заслушивать стороны, устное слушание может не проводиться.
- **Тип** решения. Если решение касается только процедурных аспектов, как, например, назначение внешнего эксперта, то устное слушание не является необходимым.
- Убедиться, что устное слушание является необходимым, чтобы **заслушать** стороны.
- Чего **достигнет** трибунал при устном допросе сторон. Устные допросы должны сравниваться с традиционным представлением доказательств в письменной форме.
- Есть ли необходимость заслушивать **свидетелей**?
- Предоставил ли эксперт свое **экспертное заключение**, и нужно ли будет ему защищать его перед сторонами?
- Оказывается ли влияние на **процессуальные сроки**, которые должны соблюдаться трибуналом? Или же более важным является обеспечение защиты принципа справедливого суда, чем проведение быстрой процедуры.

Причины для проведения устных слушаний в каждом конкретном случае должны быть четко сформулированы, и учитывать все соответствующие аспекты.

7.5.4 Решение о запросе доказательств

Трибунал всегда должен рассматривать вопрос, был ли соблюден критерий доказанности, и может ли трибунал вынести хорошо обоснованное и справедливое решение на основании имеющихся фактов. Роль национального законодательства обеспечить критерии доказывания. Тем не менее, трибунал может полагаться на общую доктрину, которая используется в большинстве стран романо-германского и общего права, которая предусматривает, в основном, два критерия доказывания:

- **Превосходство доказательств**. Большой вес доказательств, созданный не за счет опроса большого количества свидетелей, подтверждающих факты, а за счет наиболее убедительных доказательств.
- **Ясные и убедительные доказательства**. Доказательства того, что предмет, который необходимо доказать, весьма вероятен или весьма определен. Это имеет большее значение, чем преобладание доказательств, критерий, применяемый в большинстве гражданских дел, но имеет меньше значения, чем доказательства вне всяких разумных сомнений, свойственные уголовном судопроизводству.

Как следует из вышеизложенного, трибунал может потребовать любые доказательства, в том числе, экспертные заключения или любую другую информацию/документы от органов местной или государственной власти или сторон процедуры пересмотра. Тем не менее, трибунал должен учитывать обоснованность доказательств, а также время и затраты необходимые для получения доказательств при принятии решения об их запросе.

Если трибунал должен ответить на вопросы, которые требуют специальных знаний, которых члены трибунала не имеют, он должен будет проконсультироваться с экспертом. Трибунал должен будет допросить лиц, участвующих в процедуре закупки в качестве свидетелей, в случае возникновения вопросов, на которые может ответить только эксперт. Если участникам тендера необходимо было представить образцы и качество представленных образцов сомнительное, трибунал должен будет проверить эти образцы.

Даже если сбор дополнительных доказательств увеличит время и затраты процедуры, трибунал должен их запрашивать, поскольку это помогает улучшить качество решений и часто это единственный способ, чтобы установить факты, необходимые для принятия решения.

До назначения эксперта, суд должен заслушать стороны. Стороны должны иметь возможность дать заключения по назначению эксперта и вопросам, которые будет задавать ему трибунал. Тем не менее, трибунал принимает решение о необходимости привлечения эксперта.

Примеры

1. Закупающий орган проводит тендер по поиску субъекта экономической деятельности, который проводит дноуглубительные работы на реках. Прибыли только два участника тендера. Один из участников принадлежит к группе участников тендеров, которая контролирует более 90% соответствующего рынка. Для того чтобы определить сможет ли он выполнить контракт самостоятельно или в небольших группах, закупаящему органу необходимо мнение эксперта, который знает и понимает этот бизнес и соответствующий рынок.
2. Истец в своей жалобе утверждает, что участник тендера, который выиграл получение контракта, имеет заниженные цены. Поскольку ни один из членов трибунала не имеет необходимых знаний о рынке, необходимо будет проконсультироваться с экспертом, с целью проверки заявленных цен.
3. Истец утверждает, что отзывы, содержащиеся в лучшем тендерном предложении, некорректны, и человек не выполнял в полном объеме названные задачи. Самым простым способом выяснить это является допрос этого человека в качестве свидетеля.

7.5.5 Решение относительно средства правовой защиты

После оценки доказательств и установления обстоятельств дела трибунал принимает решение по существу жалобы. Трибунал не имеет права по своему усмотрению решать, был ли нарушен закон о государственных закупках, если установленные факты явно доказывают этот вопрос.

Трибунал может по своему усмотрению принимать решение об интерпретации контрактных документов. Однако, трибунал имеет ограниченное право усмотрения на решение о применении определенного вида средств правовой защиты. При принятии решения по отдельным средствам правовой защиты трибунал должен принимать во внимание несколько моментов. Ключевыми из них являются, на каком этапе процедуры закупок выявлено предполагаемое нарушение закона о государственных закупках, и какова тяжесть нарушения. Помимо вопроса о правомерности, трибуналу будет необходимо задать вопрос об обоснованности нарушения закона для результата данной процедуры закупки.

Пример

Истец занял третье место в процедуре закупки. Истец утверждал, что тендерные предложения, которые занимают первое и второе места должны были быть отклонены. Закупающий орган сделал ошибку при оценке тендерных предложений. Тендерное предложение, занимающее второе место, должно было быть отклонено, а тендерное предложение, занимающее первое место, отвечает требованиям тендерной документации в полном объеме.

Даже есликупающий орган нарушил законодательство о закупках, не отклонив тендерное предложение, которое заняло второе место, это противозаконное действие не оказывает никакого влияния на результат процедуры закупки, поскольку тендерное предложение, на основании которого присуждается контракт, останется без изменений, икупающий орган заключит контракт с данным участником тендера.

7.6 Выводы

Члены трибунала имеют право принимать решения и действовать в соответствии с их суждением или выбором относительно рассматриваемого дела. Право усмотрения предоставляется, поскольку исторически сложилось так, что применением закона к обстоятельствам дела не во всех случаях можно получить правильный ответ. Поэтому право усмотрения предоставляется трибуналам по пересмотру в сфере закупок для того, чтобы члены могли позволить себе некоторую степень свободы, обеспечивающую возможность выбирать из нескольких юридически допустимых решений, одно, которое является наиболее подходящим. Кроме того, при реализации этих принципов представляется необходимым определить, какое из нескольких возможных применений закона является наиболее справедливым и разумным, с учетом конкретных обстоятельств рассматриваемого дела.

Когда трибунал применяет свои дискреционные полномочия в рассмотрении рекомендаций, он должен учитывать и уважать ряд принципов, прежде чем делать выводы и давать рекомендации. Этот ряд принципов необходимо учитывать для того, чтобы убедиться, что трибунал: не преследует других целей, кроме тех, для которых были даны полномочия; соблюдает объективность и беспристрастность, принимая во внимание только факторы, относящиеся к конкретному делу; соблюдает принцип равенства перед законом, избегая несправедливой дискриминации; поддерживает необходимый баланс между любыми негативными последствиями, которые решение может оказать на права, свободы или интересы людей, и целью, которую оно преследует; принимает решение в разумные, с точки зрения рассматриваемого дела, сроки; и последовательно применяет любые общие административно-руководящие принципы с учетом конкретных обстоятельств каждого дела.

Кроме того, несколько общих рекомендаций были предложены трибуналу для справки и ежедневного использования при выполнении своих обязанностей. Членам трибуналов по пересмотру в сфере закупок рекомендуется: уважать цель закона; рассматривать только соответствующие факторы при осуществлении выбора; приводить логические аргументы для использования права усмотрения; быть последовательным при рассмотрении аналогичных дел; игнорировать личные предубеждения; рассматривать каждый из доступных вариантов и выбирать один; и обсуждать с коллегами до принятия окончательного решения.

Кроме того, трибунал должен учитывать несколько логических шагов при осуществлении права усмотрения. Целью этих шагов является создание памятки для членов трибунала, которой нужно следовать при осуществлении права усмотрения. Эти шаги начинаются с совета трибуналу проверить соответствующее законодательство, чтобы убедиться, что трибунал имеет полномочия действовать или принимать решения по вопросу, и следовать процедурам на основе регламента и административных процедур. Трибунал также должен получить соответствующую информацию, установить факты по делу, проанализировать и оценить собранные доказательства и основные выявленные факты.

Трибунал также должен учитывать применение стандартного доказательства и действовать разумно и справедливо, без конфликта интересов, но, в то же время, соблюдая правила процессуальной справедливости. Кроме того, трибунал должен рассмотреть дело по существу и вынести решение с указанием причин принятия этого решения. Создание и ведение

документации, содержащей описание вопросов, принятых во внимание в процессе, и определение значения доказательств и причин принятия данного решения, является важнейшим элементом в процессе пересмотра.

Более того, каждому и любому трибуналу предоставляется право усмотрения в ряде принципиальных ситуаций. Эти ситуации включают в себя: решение о том издавать ли временное распоряжение; определение относительно вопросов иска; решение о том, проводить ли устное слушание; решение запросить доказательства у эксперта или у местного или государственного органа; и, решение по средствам правовой защиты в связи с нарушением закона о государственных закупках - например, отменить процедуру присуждения контракта, оценку тендерных предложений, условий контрактов или квалификационных критериев.

Несколько аспектов должны быть учтены во внимание до принятия решения о временном распоряжении. К ним относятся: обеспечение баланса интересов сторон в процессе; определение необходимых и подходящих мер для избежания вреда или убытков, которые могут произойти; и определение периода времени, на который трибунал распорядится о принятии временных мер и опубликует временное распоряжение. Определение вопросов иска является наиболее важной частью процесса принятия решений, здесь выявляются факторы, имеющие решающее значение для трибунала при проведении процедуры пересмотра. Иными словами, рассматриваемые «вопросы» представляют реальное существо спора между истцом и закупающим органом.

При определении проводить ли устное слушание трибунал должен учитывать принцип справедливой торговли, сложность дела, и то, действительно ли необходимо заслушать стороны. При принятии решения запросить дополнительные доказательства у эксперта или у местного или государственного органа трибунал должен рассмотреть вопрос о том, был ли выполнен критерий доказанности, и может ли достаточно обоснованное и справедливое решение быть вынесено на основе доступных фактов.

Рассмотрев необходимые шаги, которые трибуналу следует учитывать при проведении процесса принятия решения, следующей задачей для членов трибунала будет подготовка решения. Решение должно быть подготовлено в формате, который позволяет ему быть представленным и опубликованным для критики широкой общественности. Вопрос относительно составления и написания решений является предметом следующей главы.



Составление решений

8.1 Обзор

Составление и написание решений является, вероятно, самой важной задачей трибунала по пересмотру закупок. Опубликованное решение демонстрирует широкой общественности надежность трибунала по пересмотру закупок и аналитические способности ее членов, которые позволяют им сделать справедливый вывод, исходя из представленных доказательств и ключевых фактов, основанных на аргументах и логике. В этой главе рассмотрены несколько различных подходов к разработке и написанию решений. В дополнение к основной структуре решения, членам трибунала по пересмотру закупок, ответственным за подготовку и публикацию решения, необходимо принимать во внимание общепризнанную структуру решений, включение альтернативных заголовков и различных стилей письма, а также методы пересмотра проектов решений. Эти отдельные области подробно рассматриваются в этой главе, с примерами для иллюстрации ключевых моментов. Глава начинается с предоставления структуры подхода к написанию решения, а также описывает нескольких типов общепризнанных структур для решений.

8.2 Как подходить к составлению решений?

Написание решения должно проводиться под руководством и управлением ответственного члена трибунала. Только от членов трибунала зависит привлечение дополнительного персонала. Степень участия дополнительного персонала может варьироваться от этапа исследований и предварительного правового анализа до подготовки первого проекта решения. Степень привлечения персонала может также зависеть от сложности дела и объема работы.

Прежде чем начать писать, автор(ы) должен(ы) подумать о том, что должно быть сказано в решении и каким образом это должно быть изложено. Кроме того, следует подумать об объеме решения и аудитории, которой оно адресовано. Во-первых, жалоба и все другие заявления, сделанные в ходе рассмотрения процедуры, включая результаты проведения устного разбирательства, должны быть рассмотрены и обобщены.

Во-вторых, должны быть упорядочены существенные факты и вопросы, которые должны быть решены или идентифицированы в соответствии с действующим законодательством. Наконец, должен быть сделан вывод. Однако, это не означает, что член трибунала не может изменить свое мнение в вопросе применимого средства правовой защиты. Тем не менее, подготовка к написанию необходима для того, чтобы обеспечить основу, которая будет служить планом или первоначальной базой для принятия решения.

Для того, чтобы организовать свои мысли, автор может подготовить план важных фактов, вопросов и пунктов. Лучшее время для подготовки плана - после первого рассмотрения жалобы и тендерной документации от закупающего органа. План должен кратко описывать следующие основные пункты:

- Вопрос или вопросы процедуры пересмотра решения
- Выводы на основании фактов по выявленным вопросам, основанные на имеющихся доказательствах
- Определение закона, применимого к фактам
- Применение закона к фактам для принятия решения¹⁷²

172 A Manual for Ontario Adjudicators, Society for Ontario Adjudicators and Regulators, 2000, cnp. 152.

8.3 Какова должна быть структура решения?

Согласно принципам ЕКПЧ, трибунал должен предоставить причины своего решения, которые должны быть четкими и содержать объяснение правового и фактического основания принятия решения. Однако, поскольку целью данного пособия является предоставление членам трибунала примеров передовой практики, рассматриваются и описываются несколько различных структур решений. Три рекомендуемых ниже структуры решений и их заголовки являются примерами практики написания решений органами по пересмотру административных решений в других странах. Эти структуры решения являются ясными, краткими и прекрасными примерами для органов по пересмотру закупок.

Пример 1

Общая рекомендуемая структура развернутого решения органами по пересмотру государственных закупок в странах континентального права.

- введение¹⁷³
- определение вопросов, по которым надо принять решение¹⁷⁴
- описание существенных фактов дела
- краткое изложение действующего законодательства
- анализ¹⁷⁵
- необходимые указания

Пример 2

Структура используемая судом и Европейским судом общей юрисдикции (ЕСОЮ)

- ключевые слова
- стороны процедуры и другие участники
- состав жюри
- введение
- применяемый закон
- факты процедуры
- представленные вопросы или иск¹⁷⁶
- допустимость
- анализ
- вердикт

¹⁷³ Должно включать идентификацию сторон, административного органа, предмет процедуры, процедурная позиция дела и решения.

¹⁷⁴ Хотя существует не так много стран, которые имеют специальный раздел, посвященный вопросам, его включение в решение облегчает понимание дела сторонам в деле, другим участникам тендера и закупочным органам.

¹⁷⁵ Применение закона к фактам дела и разрешению вопросов..

¹⁷⁶ Будет зависеть от вида процедуры.

Пример 3

Рекомендованная структура от Федерального Агентства по закупкам, Австрия.

- ключевые слова¹⁷⁷
- орган, принимающий решение¹⁷⁸
- имена и роли сторон процедуры
- предмет процедуры
- вердикт
- обобщение – иска и всех других заявлений предоставленных в ходе процедуры пересмотра
- обобщение – результата устного разбирательства
- факты процедуры¹⁷⁹
- анализ¹⁸⁰

Эти структуры решений предназначены для предоставления членам трибуналов идей, как строить свои собственные решения. Все структуры состоят из одинаковых элементов, хотя и различаются по порядку. В следующих подразделах эти заголовки/элементы отдельных структур решений будут детально рассмотрены.

8.3.1 Введение

Цель введения сориентировать и направить читателя. Введение кратко описывает дело, оспариваемую процедуру тендера и правовой предмет. Также введение должно описывать решение, в котором будет указано нарушение закупающим органом закона, если жалоба справедлива, или отсутствие нарушения, заявленного истцом, если трибунал поясняет отказ и, таким образом, подтверждает правильность действий закупающего органа.

Следует также описать процессуальный и юрисдикционный статус и состав трибунала, представить стороны процесса и указать вопросы, которые будут решаться, если они не настолько сложные и комплексные, чтобы выносить их для рассмотрения в отдельный раздел.¹⁸¹ Введение является кратким изложением дела / жалобы. Автор решения не в состоянии написать введение, пока он / она знает, каким будет заключение. Иногда автор не знает, какие вопросы, в каком количестве и каким образом они должны быть решены, пока автор решения не подготовит юридический анализ по каждому вопросу.¹⁸² Окончательный вариант введения лучше написать после принятия решения, когда член трибунала окончательно определил вопросы и выводы, а также провел подтверждающий анализ.¹⁸³

Типичное введение

«Согласно Статье [...] Закона № [...] «О государственных закупках», с изменениями, трибунал по пересмотру ранее вынесенных решений на заседании, начатом [...] 2011 года, в отношении Жалобы № [...], поданной [...] в отношении закупки по «Предоставлению финансовых услуг муниципалитету [...]», объектом которой является отмена решения закупающего органа об оценке тендера в связи с нарушением принципа о не дискриминации, постановил:

177 Включая заголовок, связанный с контрактом, и решение, которое оспаривается.

178 Включая имена членов.

179 Должны быть получены из доказательств, включая объяснения, почему и каким образом изложенные факты были получены

180 Должен состоять из: приемлемости; правовых вопросов жалобы, которые могут быть разделены на несколько пунктов, если нужно ответить на несколько правовых вопросов; решение о затратах, каждое представлено в соответствии с применимым законом, применение закона к делу, решение вопросов.

181 Edward Berry, *Writing Reasons, A Handbook for Judges*, E-M Press, 2007, стр. 31.

182 J.C. Raymond, *The Architecture of Argument, The Judicial Review: Journal of the Judicial Commission of New South Wales*, 7, 2004, стр. 49.

183 *Judicial Writing Manual*, Federal Judicial Center, 1991, стр. 10.

- принять Жалобу № [...], поданную [...] в отношении закупки по «Предоставлению финансовых услуг муниципалитету [...]»;
- приказать закупающему органу отменить свое решение по оценке тендера в связи с нарушением принципа о не дискриминации, который запрещает применение избирательных критериев к разным участникам тендера.”

или

«Согласно Статье [...] Закона № [...] «О государственных закупках», с изменениями, трибунал по пересмотру ранее вынесенных решений на заседании, начатом [...] 2011 года, в отношении Жалобы № [...], поданной [...] в отношении закупки по «Поставке ноутбуков, настольных компьютеров и мониторов для государственного учреждения [...]», объектом которой является отмена конкурсного требования в связи с его ограничивающей природой, которая нарушает принцип закупки о пропорциональности, постановил:

- принять Жалобу № [...] поданную [...] в отношении закупки по “Поставке ноутбуков, настольных компьютеров и мониторов для государственного учреждения [...]”;
- обязать закупающего органа отменить требования для единственного производителя ноутбуков, настольных компьютеров и мониторов, поскольку такое требование является необоснованным и чрезмерно ограничивающим, в связи с неспособностью закупающего органа продемонстрировать разумное обоснование для такого требования, и установить новые технические требования, которые будут соответствовать законным требованиям закупающего органа.»

или

«Согласно Статье [...] Закона № [...] «О государственных закупках», с изменениями, трибунал по пересмотру ранее вынесенных решений, на заседании, начатом [...] 2011 года, в отношении Жалобы № [...], поданной [...] в отношении закупки по «Оказанию строительных услуг для министерства [...]», объектом которой является отмена решения закупающего органа об отклонении предложения заявителя из-за предполагаемо заниженной цены, постановил:

- принять Жалобу № [...] поданную [...] в отношении закупки по «Оказанию строительных услуг для министерства [...]»;
- отклонить жалобу, в которой утверждается, что закупающий орган не смог разумно оценить низкую фиксированную цену заявителя в связи с тем, что в соответствии с конкурсной документацией закупающий орган имеет право отклонить предложение заявителя, если его цена была «необоснованно» низкой, факт чего предполагает, что участник тендера не смог понять сложность и риски программы, а соответствующие записи отражают то, что закупающий орган рассматривал низкую цену заявителя и поднимал этот вопрос с заявителем в ходе обсуждения.

или взяты из Европейского суда

«РЕШЕНИЕ СУДА [...] Палата)

[Дата]

(Государственные закупки – Директива 2004/18/ЕС – Процедуры присуждения контракта – Закрытое объявление тендеров – Оценка тендера – Запросы закупающего органа для уточнения тендера – Условия)

В деле C-[...],

ССЫЛКА для предварительного решения в соответствии со Статьей [...] от [Суд] ([Государство-член]), сделано по решению[...], получено в Суд [...], в процессах

[...],

[...],

против

[...],

вмешивающаяся сторона:

[...],

СУД (Четвертая Палата),
в составе [...] (Докладчика), Председателя палаты, [...], [...] и [...], Судий,
Генерального адвоката: [...],
Регистратор: [...], Администратор,

с учетом письменной процедуры и далее на слушании 14 декабря 2011 года, после рассмотрения замечаний, представленных от имени:

- [...], [...], со стороны [...], [...] и [...], адвокатов,
- [...], со стороны [...] и [...], адвокатов,
- [...], со стороны [...], выступающего как Агента,
- [...], со стороны [...] и [...], адвокатов,
- [...] Правительство, со стороны [...], выступающего как Агента,
- Европейской Комиссии, со стороны [...] и [...], выступающего как Агента,

решил, после заслушивания Генерального Адвоката, перейти к решению суда без Заключения, постановляет следующее

Решение суда

1. Эта ссылка для предварительного решения касается толкования Статей [...], [...] и [...] «Директивы 2004/18/ЕС Европейского парламента и Совета» от 31 марта 2004 г. о координации процедур присуждения контрактов гражданского строительства, контрактов на поставку и контрактов бытового обслуживания (ОJ 2004 L 134, стр. 114).
2. Была сделана ссылка в разбирательстве между [...] (офисом государственных закупок; «[...]») и предприятием, которое потерпело неудачу в тендере, запущенном в 2007 году [...] («[...]»), данное коммерческое предприятие полностью контролируется [...] государством, с целью предоставления услуг по взиманию платы за проезд по автомагистралям и некоторым дорогам.»

или взяты из Европейского суда общей юрисдикции

“РЕШЕНИЕ СУДА ОБЩЕЙ ЮРИСДИКЦИИ([...] Палата)
[Дата]

(Контракты на коммунальные услуги - Тендерная процедура - Предоставление услуг в области информационных технологий – Выбор участника тендера в качестве второго подрядчика в последовательной процедуре – Действия по аннулированию - Основания для исключения из тендерной процедуры - Конфликт интересов – Обязанность указывать причины, на которых основано решение - Очевидная ошибка оценки – Обеспечение равных прав – Внедоговорные обязательства)

В Деле Т-[...],
[...], установленном в [...], представленном [...] и [...], адвокатами,

заявитель,

против

Европейской Комиссии, представленной вначале [...] и [...], выступающими в качестве Агентов, при помощи [...], адвоката, и впоследствии [...], при помощи [...] и [...], адвокатов,

ответчика,

ЗАЯВКА на (I) аннулирование Комиссией решения от 17 октября 2008 при выборе тендера заявителя в качестве второго подрядчика, в последовательности для лотов 2 и 3 по объявлению тендера, запущенного в области «Статистических информационных технологий», относительно предоставления консультаций и услуг по созданию, связанных с форматом обмена статистическими данными и метаданными [...] (OJ [...]), и все дальнейшие соответствующие решения, включая решения присуждения контракта другим участникам тендера, и (II) ущерба,

СУД ОБЩЕЙ ЮРИСДИКЦИИ (Восьмая палата),
состоит из [...], Президента, [...] и [...] (Докладчика), Судьи,
Регистратор: [...], с учетом письменной процедуры и далее на слушаниях по [...],
постановляет следующее

Решение суда

Кратко излагая информацию о вопросах, поднятых в жалобе, кажется непрактичным, приводить слишком многочисленные или сложные вопросы. В таких случаях, рекомендуется, либо избегать изложения краткой информации о вопросах во введении и рассмотреть их в описании раздела вопросов, или просто использовать некоторые ключевые слова, и описать их более подробно в разделе вопросов. При написании введения автор должен:

- избегать излишних подробностей о дате, времени, месте и процессуальных обстоятельствах
- избегать изложения вопросов длинными пространственными предложениями
- избегать цитирования текста жалобы или иных правовых фраз
- сохранять введение кратким
- излагать решения ясно и визуально различимо

8.3.2 Описание вопросов

Определение вопросов, которые необходимо решить - самая важная часть процесса принятия решения. Формулировка вопросов определяет существенные факты и регулирующие правовые принципы. Членам трибунала не обязаны рассматривать вопросы, указанные в жалобе, если все или некоторые из них не являются существенными для результата, или в соответствии с их юридическим определением, заявленным истцом.¹⁸⁴ Члены трибунала могут свободно интерпретировать вопросы в соответствии со своим видением, даже если оно отлично от описания данных вопросов в жалобе. Член трибунала несет ответственность за решение вопросов и проведение соответствующего анализа. Важно отметить, что трибунал должен указать причины, почему он воспринимает относящиеся к предмету судебного разбирательства вопросы отлично от заявителя.

Первый шаг заключается в определении решения или действия, которое оспаривается заявителем, основания для принятия этого решения или действия, и причины спора.¹⁸⁵ Если каждый спорный вопрос четко не отделен от других, решение не будет ясным и убедительным. Тем не менее, решение может затрагивать не только вопросы, поднятые заявителем, но и вопросы, которые являются диспозитивными и важными согласно мнению трибунала.

Вопросы, которые, по мнению трибунала, нет необходимости рассматривать, но, на включение которых настаивает заявитель, следует обсуждать только в необходимом объеме для того, чтобы доказать, что они были рассмотрены.¹⁸⁶ Ниже приведены 3 примера случаев, когда некоторые вопросы могут быть опущены.

¹⁸⁴ *Judicial Writing Manual, Federal Judicial Center, 1991, стр. 14.*

¹⁸⁵ *A Manual for Ontario Adjudicators, Society for Ontario Adjudicators and Regulators, 2000, стр. 152.*

¹⁸⁶ *Judicial Writing Manual, Federal Judicial Center, 1991, стр. 17.*

Примеры

1. Заявитель был исключен из тендера из-за позднего представления тендера. Таким образом, его тендер не рассматривался закупающим органом. Заявитель подает жалобу трибуналу с рядом причин подтверждения необходимости рассмотрения его тендерной заявки. Поскольку законодательство о закупках не предусматривает возможность продления срока представления тендерной заявки, трибунал будет рассматривать только вопрос о позднем представлении тендера. Рассмотрение любого другого вопроса сделает решение менее убедительным.
2. Заявитель был исключен из тендера, поскольку он не отвечал квалификационным критериям тендера. Заявитель утверждает, что закупающий орган не оценил его документ должным образом, и квалификационные критерии являются дискриминирующими. Поскольку срок для оспаривания квалификационных критериев уже прошел, трибунал должен рассматривать только то, каким образом закупающий орган оценивал квалификационные документы, представленные заявителем, но не сами критерии.
3. Заявитель не был приглашен на второй этап процедуры переговоров после подачи тендера. Контрактные документы, предоставленные для принятия решения закупающим органом, предусматривают проведение переговоров только с одним участником тендера. Закупающий орган объявил решение о присуждении контракта участникам тендера. Заявитель требует, чтобы трибунал аннулировал решение о присуждении контракта и имеет возражение по факту не приглашения его на переговоры по спецификациям контракта и предлагаемым техническим решениям, содержащимся в лучшем тендере. Трибунал не должен рассматривать технические спецификации контракта, поскольку время их опротестовывать прошло.

Следующий шаг - определение применимого права, которое регулирует спор и указывает, каким образом он должен быть решен.¹⁸⁷ В большинстве стран существует только один закон, управляющий государственными закупками.

Констатация вопросов может быть проведена до или после констатации фактов. Констатация вопросов вначале позволяет сделать констатацию фактов более значимой для читателя и помогает сосредоточиться на существенных фактах.¹⁸⁸ Констатацию вопросов не следует путать с цитированием спора сторон. Трибунал должен избегать воспроизведения пространственных заявлений сторон.¹⁸⁹ Следующие 5 примеров показывают, какие вопросы необходимо учитывать.

Примеры

1. Суд должен решить, является ли описание предмета тендера, предоставленное закупающим органом, достаточным для адекватной оценки объема необходимых для выполнения контракта работ участниками тендера. Если описание является недостаточным, то трибунал должен отменить весь тендер.
2. Суд должен решить, нарушают ли технические условия на предоставление услуг, указанные в уведомлении о контракте, технические нормы, и поэтому не могут являться частью условий тендера. Если нарушение будет доказано, соответствующие критерии необходимо аннулировать.
3. Суд должен решить, уместно ли использование согласованной процедуры без публикации, как в методе закупок при тендере на предоставление услуг по суммам свыше 100 000 Евро. Если нет, весь тендер должен быть отменен.
4. Суд должен решить, приводит ли неспособность закупающего органа предоставить разумные основания для решения об отказе от предложения заявителя, к невозможности пересмотра решения закупающего органа. Если да, решение закупающего органа о непринятии заявки заявителя должно быть отменено, и закупающий орган должен пересмотреть предложения заявителя.
5. Суд должен решить, отвечает ли участник тендера, которому закупающий орган намеревается присудить контракт, квалификационным критериям. Если нет, трибунал должен аннулировать решение о присуждении контракта.

¹⁸⁷ *A Manual for Ontario Adjudicators, Society for Ontario Adjudicators and Regulators, 2000, сmp. 153.*

¹⁸⁸ *Judicial Writing Manual, Federal Judicial Center, 1991, сmp. 10.*

¹⁸⁹ *Judicial Writing Manual, Federal Judicial Center, 1991, сmp. 11.*

8.3.3 Описание существенных фактов

Описание существенных фактов должно содержать все необходимые факты, важные для принятия решения. Поскольку решения будут доступны в интернете и могут оказать влияние на дальнейшее поведение участников тендеров и закупающих органов, решения должны содержать достаточное описание дела, чтобы любая третья сторона могла понять природу тендера и суть жалобы.

Точное определение вопросов позволит снизить количество фактов в решении, поскольку тогда решение будет акцентировать внимание только на соответствующих фактах, непосредственно относящихся к вопросам. Таким образом, должны быть включены только те факты (доказательства), которые необходимы для принятия решения. Ненужные факты необходимо опустить. Автор не должен попасть в ловушку структуры, используемой сторонами, а должен разработать свою собственную структуру. Обычно, целесообразно придерживаться хронологии процедуры закупки в качестве основной линии. Иногда, бывает целесообразно копировать части тендерной документации, решений закупающего органа, писем или электронной почты, особенно, если требуется привести точную формулировку терминов и определений, содержащихся в этих документах.

Автор(ы) должны сформулировать и подтвердить справедливость доказательств в отношении изложенных фактов, а также подтвердить обоснование полученных фактов имеющимися доказательствами. Это особенно важно, если существует противоречащее доказательство, которое может быть использовано только один раз.

8.3.4 Краткое изложение действующего законодательства

Специальный раздел, посвященный применимому законодательству, не нужен. Большинство трибуналов указывают закон, который был применен для определения их юрисдикции, и основания для их решения в аналитическом разделе решения. Однако, некоторые трибуналы имеют отдельный раздел по законодательству. В этом разделе трибуналы оценивают, отвечает ли жалоба правовым критериям приемлемости, что является полезным в случаях, когда законодательно существуют сложные формальные требования к приемлемости жалоб, и трибунал рассматривает формальное соблюдение данных требований, например, соблюдение определенных временных сроков¹⁹⁰. Этот раздел должен также освещать вопросы права. Данные вопросы могут быть представлены достаточно широко, и включать вопросы о том, распространяется ли юрисдикция трибунала на жалобу, и были ли выполнены формальные требования жалобы.

8.3.5 Анализ – применение закона

8.3.5.1 Анализ в общем

Анализ – это основная часть решения, который должен показать, что решение суда основано на разуме и логике. Приведенный анализ должен убедить стороны в корректности выводов трибунала силой доводов, а не путем аргументации и убеждения. Хотя решение не должно упоминать все аргументы сторон, анализ должен быть достаточным, чтобы продемонстрировать, что главные аргументы проигравшей стороны были полностью учтены.¹⁹¹

Трибунал сам определяет порядок изложения вопросов. Естественно, что трибунал должен рассматривать только те вопросы, которые имеют непосредственное отношение к делу и которые были изложены во введении (первая часть решения). Если есть несколько вопросов, целесообразно излагать вопросы в логической последовательности.¹⁹² Как правило, решения должны сначала рассмотреть вопрос о юрисдикции и приемлемости жалобы, то есть, может ли трибунал принять решение по жалобе, находится ли жалоба в пределах его юрисдикции, был ли подан предварительный запрос

¹⁹⁰ См. Примеры Решений Европейского Суда от 23 декабря 2009, *Commission / Ireland* (C-455/08, ECR 2009 стр. I-225) и Решения Европейского Суда от 28 января 2010, *Uniplex (UK)* (C-406/08, ECR 2010 стр. I-817)..

¹⁹¹ *Judicial Writing Manual*, Federal Judicial Center, 1991, стр. 16.

¹⁹² J.C. Raymond, *The Architecture of Argument, The Judicial Review: Journal of the Judicial Commission of New South Wales*, 7, 2004, стр. 46.

закупающему органу, соблюден ли срок для подачи пересмотра, а также другие необходимые требования, которые должны быть выполнены для того, чтобы принять жалобу к производству...

При необходимости трибунал может также ссылаться на свои предыдущие решения, которые могут иметь отношение к делу. В связи с тем, что процесс принятия трибуналом решений не носит характер прецедентного, трибунал должен использовать такие ссылки только в поддержку представленных в решении аргументов. С другой стороны, было бы целесообразно, если трибунал отвечает единообразно на схожие правовые вопросы и демонстрирует это, ссылаясь на предыдущие решения.¹⁹³ Эти решения, в свою очередь, должны быть использованы в качестве ориентира и руководства для субъектов экономической деятельности икупающих органов.

8.3.5.2 Подготовка анализа

Трибунал должен создать свою собственную структуру для подготовки проекта решения. Если аргументы заявителя икупающего органа берутся в качестве основы для структуры решения, решение может стать неясным, а решение и аргументы трибунала могут быть утеряны. Одно из решений этой задачи - взять под контроль дело, создав логическую рамку для вопросов и оставив место для аргументов сторон только в пределах этой рамки.¹⁹⁴ Важно отметить, что трибунал должен следить, что он имеет дело со всеми аргументами, так как они являются вопросами, подлежащими рассмотрению.

8.3.5.3 Формирование структуры анализа

Было бы целесообразно принять четкую структуру при организации анализа каждого факта. Например:

1. Представить аргумент(ы) истца.
2. Представить аргумент(ы)купающего органа.
3. Представить аргументы других сторон процедуры.
4. Представить вывод(ы)

Аргументы сторон необходимо представить кратко, так как заключение трибунала является наиболее важной частью структуры анализа. Тем не менее, важно показать сторонам, что трибунал обращается с их аргументами справедливо и здраво. В общем, структура аргументов, представленная в решениях, заключается в следующем:

1. Одна сторона заявляет X.
2. Другая сторона заявляет Y.
3. Трибунал заявляет X (или Y, или, возможно, Z)¹⁹⁵

Пример

Истец: Решение об отклонении тендера неправильно. Закупающий орган должен был запросить объяснения цен, представленных в тендерном предложении.

Закупающий орган: Не было необходимости запрашивать истца, потому что цены были чрезмерно занижены и слишком отличались от цен по другим тендерным предложениям, и истец никогда не смог бы объяснить их.

Вывод: Оценка тендерных предложений не является обязанностью трибунала. Разница цен между тендерным предложением истца и другими участниками настолько высока, что это дает основания подозревать чрезмерно заниженные цены. Тем не менее,купающий орган должен был провести процедуру оценки низких цен. Жалоба, что цены в тендерном предложении истца чрезмерно занижены, не может быть решена на основании документов процедуры проведения закупки, акупающий орган должен оценить их в соответствующей процедуре.

¹⁹³ Для необходимости решать одинаковые вопросы одинаковым способом согласно требованиям принципов справедливого суда.

¹⁹⁴ Edward Berry, *Writing Reasons, A Handbook for Judges*, E-M Press, 2007, стр. 53.

¹⁹⁵ J.C. Raymond, *The Architecture of Argument, The Judicial Review: Journal of the Judicial Commission of New South Wales*, 7, 2004, стр. 45.

Трибуналу не обязательно повторять аргументы сторон, если приведено краткое описание жалобы, и соответствующие заявления представлены сторонами процедуры. Приятно иметь дело с вопросом и ответом, который трибунал определил в качестве соответствующего вопроса.

Подведение итогов не следует путать с изложением фактов. Если существуют различные мнения сторон о доказательствах и фактах, трибунал должен проанализировать эти взгляды в этом контексте, имея с аргументами сторон, перед изложением фактов принятого решения. Автор должен полностью понять, что факты лежат в основе заключения, а не являются его предметом.

Заключение является центральной частью решения, так как трибунал не связан с мнением одной из сторон, а должен найти свое собственное решение. Заключение должно быть основано на изложенных фактах, и включено в состав фактов в соответствии с применяемой правовой нормой. Единственным критерием для заключения является то, что оно должно исходить из фактов и применения закона с использованием правил логики.

Кроме того, заключение должно быть хорошо обосновано. Если трибунал использует свое полномочие на право усмотрения, причины принятия решения на этом основании должны быть четко изложены. Таким образом, не важно следовать аргументам сторон, потому что их роль в процедуре - убеждение трибунала в соответствующем мнении и защита соответствующей позиции. Член трибунала должен всегда иметь в виду, что убеждение трибунала является единственной задачей жалобы и других предоставленных заявлений. В результате, от членов трибунала не предполагается получение объективного мнения, а предполагается содействие субъективной позиции.

Таким образом, трибунал должен, рассматривая мнения сторон, приходить к собственным заключениям и выводам. Они должны быть основаны на фактах и определены посредством применения закона. Когда трибунал пришел к определенному заключению, целесообразно представлять его, следуя определенной последовательности. Трибунал должен:

- указать законодательство, применимое к вопросу
- указать факты, имеющие отношение к вопросу
- указать, каким образом законодательство применяется к фактам

8.4 Стиль и проверка

8.4.1 Лаконичность

Хорошо составленные решения – это вопрос времени. Хотя это может показаться противоречащим общему убеждению, но продуманные решения короче, чем поспешно составленные, которые содержат много лишнего и состоят из пространных предложений без какой-либо дополнительной выгоды для решения. Чтобы избежать этого, необходима проверка проекта решения для того, чтобы сделать его более лаконичным. Может потребоваться проведение нескольких проверок проекта решения для того, чтобы сделать решение максимально лаконичным.

Однако, лаконичность следует отличать от краткости. Краткость - это экономия слов, лаконичность же – это когда каждое слово имеет значение. Иногда читателям нужно больше слов, чтобы понять трудную концепцию или принять трудное решение.¹⁹⁶ Ниже представлены рекомендации о том, как писать лаконично:

- Сокращать доказательства и факты. Включать только доказательства, относящиеся к правовой проблеме, которая является предметом жалобы.
- Использовать цитаты только при необходимости, в случае, когда краткие ссылки или пересказ не уместны. Основные

196 Edward Berry, *Writing Reasons, A Handbook for Judges*, E-M Press, 2007, сmp. 66.

правила использования цитат: когда существенным являются точные слова в документе, особенно в применимом законодательстве и тексте контрактных документов, и когда пересказ был бы менее ясным и кратким, чем оригинал.

- Не писать очевидное.
- Избегать многочисленных цитат.
- Избегать объяснений и подтверждений хорошо известных правовых принципов. Ссылаться только на правовые принципы при необходимости, а также ссылаться на дальнейшие описания или судебные решения.
- Избегать расширения простых аргументов.
- Избегать повторов.
- Избегать пассивного залога.
- Избегать двойных отрицаний.
- Избегать юридического жаргона.
- Разбивать длинные пространные предложения на краткие, которые проще воспринимать.
- Проверить на лаконичность, сосредотачиваясь на вопросах. Факты, цитаты и аргументы - длина формулировок этих разделов зависит от вопросов дела. Важно определить при проведении проверки, какой текст можно вырезать без ущерба для смысла и выразительности приведенных аргументов¹⁹⁷

Члену трибунала, возможно, не всегда нравится исход дела, тем не менее, он/она обязаны написать решение в соответствии с фактами и применимым законодательством.

8.4.2 Абзацы

Каждый абзац должен представлять одну идею. Мысли в пределах абзаца должны быть едиными и согласованными, также необходимо удачно соединить их с предшествующим и последующим абзацем. Абзацы должны способствовать развитию мысли.¹⁹⁸ Существенно, что главная мысль абзаца должна быть указана первой, для информирования читателя о последующем содержании. Следующий раздел решения о пересмотре закупки иллюстрирует один из подходов к разделению текста на абзацы.

Примеры

1. «Несмотря на то, что закупающий орган имеет право по своему усмотрению определять свои потребности и наилучший способ их обеспечения, закупающий орган может включить ограничивающие требования только в степени, в которой они необходимы для удовлетворения его законных потребностей. Адекватность решения закупающего органа установлена путем изучения обоснованности объяснения закупающего органа. А именно, выдерживает ли объяснение логическую проверку ...»
2. «С учетом требования единственного производителя компьютеров и мониторов, закупающий орган заявляет, что он имеет законную необходимость в стандартизации требований по информационным технологиям. В частности, закупающий орган заявляет, что стандартизация позволит снизить операционные расходы закупающего органа, и будет впоследствии представлять общую практику, как правило, рассматриваемую в качестве передового опыта ...»
3. «Заявитель оспаривает утверждение закупающего органа о том, что стандартизация закупки компьютеров и мониторов к единственному производителю приводит к снижению затрат или другим материальным выгодам для закупающего органа. Заявитель утверждает, что это требование предоставляет закупающему органу не более чем административное удобство.»

¹⁹⁷ Following Edward Berry, *Writing Reasons, A Handbook for Judges*, E-M Press, 2007, сmp. 66-68.

¹⁹⁸ Edward Berry, *Writing Reasons, A Handbook for Judges*, E-M Press, 2007, сmp. 76.

4. «Трибунал обнаружил, что материалы дела не содержат анализа или документов, подтверждающих обоснованность требований закупающего органа о стандартизации. В поддержку этого требования, заказчик предоставил заявление менеджера по проектам информационных технологий. Менеджер, однако, не привел никакого анализа или исследования, которые были выполнены, чтобы определить, что требование стандартизации необходимо для получения утверждаемых преимуществ. Без какой-либо документации или дополнительных пояснений в материалах дела, подтверждающих, что ограничение конкуренции приведет к достижению предполагаемой выгоды, трибунал не может установить, что введение данного ограничения закупающим органом являются обоснованным.»¹⁹⁹

8.4.3 Использование заголовков

Если решение состоит из двух или трех страниц, заголовки, возможно, и не нужны. В более длинных текстах заголовки очень полезны, особенно для читателей, которые быстро и бегло читают решения трибунала.²⁰⁰ Если решение должно быть опубликовано, заголовки помогают в быстром поиске необходимой информации и позволяют использовать конкретные обстоятельства решения в будущем.

Есть два типа заголовков: общие и специальные. Общие заголовки могут содержаться в любом решении, например: введение, вопросы, факты и доказательства, законодательство, анализ, заключение. Такие заголовки позволяют читателю идентифицировать определенный раздел и представить структуру решения. Тем не менее, они достаточно неопределенны, поскольку не дают читателю информацию о конкретном деле. Таким образом, наиболее полезными являются заголовки, которые разработаны специально для рассматриваемого решения. Это достигается путем объединения специальных заголовков с общими заголовками.²⁰¹

Пример

Типичные заголовки в решении по делу о закупках, которое имеет дело с оценкой тендерного предложения.

1. Введение (если вы решите его ввести)
2. Вопросы (если вы решите ввести раздел вопросов)
3. Факты
4. Законодательство (если вы решите ввести раздел законодательства)
Юрисдикция трибунала
Допустимость жалобы
5. Анализ (или обоснование)
Критерии допустимости тендерного предложения
Критерии низкого тендера
Принципы не дискриминации участников тендеров

Специальные заголовки могут быть еще точнее и относиться к конкретным статьям законодательства или конкретным фактам дела.

8.4.4 Этапы проверки

Когда написан первый проект решения, необходимо его проверить для определения, что решение отвечает основным критериям написания решения. Следующие этапы проверки могут быть полезны в этом. На практике многие судьи и

199 GAO decision in NCS Technologies, Inc., dated November 8, 2010. Выбранные части решения адаптированы для этого пособия

200 J.C. Raymond, *The Architecture of Argument, The Judicial Review: Journal of the Judicial Commission of New South Wales*, 7, 2004, стр. 47.

201 Edward Berry, *Writing Reasons, A Handbook for Judges*, E-M Press, 2007, стр. 47.

члены трибунала проверяют решения, по крайней мере, два или три раза, пока не будет сформулировано окончательное решение, отвечающее всем критериям.

Проверка – первый этап

Подумайте о вашей аудитории. Является ли решение убедительными для закупающего органа и заявителя? Является ли оно достаточно ясным для других участников тендера или закупающих органов, которые могут сталкиваться с аналогичными проблемами?

Проверка – второй этап

Прочитайте введение, если оно есть. Задайте себе следующие вопросы:

- Определил ли я стороны?
- Определил ли я природу дела?
- Определил ли я вопрос или вопросы?

Если ответ на эти вопросы отрицательный, требуется больше анализа и редактирования решения.

Проверка – третий этап

Бегло прочитайте решение полностью, подразумевая вопрос или вопросы. Затем спросите себя, представлены ли разделы решения наиболее эффективным образом. Например:

- Является ли общая структура понятной?
- Является ли порядок решения и приведенные аргументы логическими и убедительными?
- Каковы наиболее эффективные заголовки для вопросов?
- Нужно ли выносить доказательства в отдельный раздел?
- Прослеживается ли в структуре решения четкая связь между определенными доказательствами и соответствующими вопросами?

Проверка – четвертый этап

Вопросы определены, и решение структурировано, теперь можно **опустить** лишний текст. Пункты, которые необходимо учесть, включают:

- Включил ли я фактов больше, чем необходимо?
- Сосредоточен ли я слишком на второстепенных вопросах?
- Не слишком ли много я написал об очевидном?
- Цитировал ли я слишком много?
- Организовал ли я абзацы по пунктам или по контексту?

Проверка – пятый этап

Перепишите решение в случае необходимости. Сосредоточьтесь на четкости вопросов, организации аргументов и лаконичности.

Проверка – шестой этап

Приведите в порядок язык изложения. Сосредоточьтесь на аспектах, которые Вы хотели бы избежать в написании решения. Например, если Вы увидите необычайно длинное предложение, посмотрите на него и перепишите, если требуется.²⁰²

Проверка – седьмой этап

Наконец, проверьте орфографию, когда проверка завершена.

²⁰² Adjusted based on advice stated in Edward Berry, *Writing Reasons, A Handbook for Judges*, E-M Press, 2007, cnp. 150-152.

8.5. Выводы

Каждое решение должно быть составлено и опубликовано под руководством и управлением трибунала или назначенного члена трибунала. Для получения решения, которое точно отражает позицию трибунала, а также кропотливую работу, проведенную его членами при принятии решения, важно, чтобы для составления, одобрения и опубликования такого решения использовалась четкая методология. Необходимо, чтобы прежде чем начать писать решение, автор подумал о том, что и каким образом должно быть изложено в решении. При упорядочении своих мыслей, автор(ы) должны подготовить план важных фактов, вопросов и пунктов, которые должны включать в себя: основной вопрос или вопросы процедуры пересмотра; выявленные факты относительно указанных вопросов, основанные на имеющихся доказательствах; определение закона, применимого к фактам; и применение закона к фактам для принятия решения.

Для рассмотрения были предложены несколько вариантов структур с целью дать членам трибуналов представление, как выстраивать свои собственные решения. Хотя структуры отличаются по порядку содержания, все они содержат одинаковые элементы единой нити изложения, объединяющей следующие заголовки: введение – цель которого сориентировать и направить читателя и определить участников процесса, предмет – изложение процедурных положений дела и решения; определение вопросов для решения - информирует о существенных фактах дела и руководящих правовых принципах; описание существенных фактов дела - решение должно содержать достаточное описание дела, чтобы любая третья сторона могла понять природу тендера и жалобы; заключение о применяемом законе - оценка соответствия заявителя правовым критериям приемлемости; анализ - демонстрация того, что решение трибунала основано на здравом смысле и логике, что должно убедить стороны в правильности решений трибунала путем обоснования, а также инструкции - любая дополнительная информация, которую трибунал хотел бы включить для читателя.

Трибунал должен всегда выдерживать стиль написания в процессе разработки проекта решения. При изложении решений очень важна лаконичность, и каждое слово должно быть обосновано. Поэтому, решения должны пройти несколько редакций, каждая из которых должна быть проанализирована и пересмотрена для достижения лаконичности изложения, как первичной цели. Лицо (лица), рассматривающее проекта(ы) решения, должно быть всегда внимательным к приведенным вопросам, фактам, цитатам и аргументам, длина формулировок которых зависит от вопросов дела. Важнейшим аспектом проведения проверки является определение того, какой текст можно вырезать без ущерба для смысла и выразительности приведенных аргументов. Автору и членам трибунала по пересмотру закупок может не всегда нравиться исход дела, но они обязаны написать решение в соответствии с фактами и законом. После того как проект решения находится на заключительном этапе, необходимо будет пересмотреть решение для того, чтобы определить, отвечает ли оно основным критериям хорошо составленного решения, и что решение полностью соответствует тому, что намеревалось сказать. На практике многие судьи и члены трибунала пересматривают проект решения перед опубликованием, по крайней мере, два или три раза, прежде чем они придут к окончательному варианту решения, который отвечает всем критериям.

ВЫРАЖЕНИЕ ПРИЗНАТЕЛЬНОСТИ

ЕБРР хотел бы выразить свою благодарность членам управляющего комитета проекта за их огромный вклад и активное участие в планировании, подготовке, разработке и редактировании этого пособия. Данное участие способствовало увеличению ценности и значимости проекта и его окончательного результата. Время и усилия, затраченные членами управляющего комитета, а также всей производственной командой для составления и издания этого пособия, свидетельствуют о преданности и приверженности всех советников, консультантов и других сотрудников, оказавших вклад в подготовку данного пособия, в дальнейшем проведении реформ государственных закупок во всех странах операций банка.

Выпуск этого пособия для ЕБРР возглавляли Элиза Невядомска (Eliza Niewiadomska), Главный юридический советник, и Алан Колман (Alan Colman), Главный юридический советник Программы правовой реформы юридического департамента ЕБРР. Пособие было подготовлено в рамках проектов технического сотрудничества ЕБРР в Албании и Украине в сотрудничестве с Сильвией Беловиковой (Silvia Belovicova) и Питером Ходалом (Peter Hodal), Максимом Кобзевым (Maxim Kobzev) и Юраем Немецом (Juraj Nemes) из юридической фирмы White & Case, Братислава, Словакия, Михаэлом Саксом (Michael Sachs), Председателем, и Хьюбертом Райзнером (Hubert Reisner), судьей Федерального агентства по государственным закупкам Австрии, Клаудии Шитовской-Мариаш (Klaudia Szczytowska-Mariarz), Председателя, и Богдана Артымовича (Bogdan Artymowicz) и Малгоржаты Стречивилк-Бялек (Małgorzata Stręciwilk-Bialek) из Национальной палаты апелляции Польши, при редакционной поддержке Уильяма Хезерингтона (William A.Hetherington). Планирование, разработка и издание этого пособия было профинансировано фондом технического сотрудничества ЕБРР Словацкой Республики.

Авторы выражают особую признательность своим коллегам из Программы правовой реформы банка и Департамента главного экономиста за их огромный вклад и неоценимую поддержку на завершающем этапе подготовки данного пособия.

© Европейский Банк Реконструкции и Развития, 2015

Содержание данной публикации защищено авторскими правами, отражает мнения отдельных авторов, и может идти вразрез с мнением работодателей авторов, юридических фирм, редакторов, юридического департамента ЕБРР, департамента по закупкам ЕБРР или ЕБРР в целом. Информация, представленная в пособии, не должна рассматриваться как юридическая консультация.

Все права защищены. Запрещается полное или частичное воспроизведение или передача настоящего издания в любом виде или любыми средствами, включая фотокопирование и любую электронную форму, без письменного разрешения владельца авторских прав. Письменное разрешение должно быть заранее получено для включения настоящего издания полностью или частично в поисковую систему любого рода.

Европейский Банк Реконструкции и Развития
One Exchange Square London EC2A 2JN Соединенное Королевство
Тел: +44 20 7338 6000 Факс: +44 20 7338 6100 SWIFT: EBRDGB2L
Запрос на предоставление публикаций: pubsdesk@ebrd.com
<http://www.ebrd.com/what-we-do/sectors/legal-reform/public-procurement>



