

КОНКРЕТИЗАЦИЯ ПОРЯДКА ПРИМЕНЕНИЯ УСТОЙЧИВЫХ ГОСУДАРСТВЕННЫХ ЗАКУПОК В ПРАКТИКЕ СУДА ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА

© 2016 Смазнова Александра Павловна

Московский государственный институт международных отношений (Университет)

МИД России

119454, г. Москва, пр-т Вернадского, д. 76

референт 2 класса государственной гражданской службы,

советник Департамента развития контрактной системы Минэкономразвития России

113324, г. Москва, Овчинниковская наб., д. 18/1

E-mail: smaznova.a.p@my.mgimo.ru

Анализируется практика применения Судом ЕС основных принципов устойчивых государственных закупок, в частности порядок и условия применения экологических и социальных критериев при осуществлении государственных закупок. Обращается внимание на пробелы нормативного правового регулирования данной сферы в ЕС. Актуальность темы обусловлена общей тенденцией повсеместного внедрения концепции устойчивого развития (и устойчивых государственных закупок как механизма ее реализации).

Ключевые слова: Европейский союз, право ЕС, государственные закупки в ЕС, устойчивые государственные закупки, практика Суда ЕС.

Устойчивые государственные закупки - это процесс удовлетворения потребностей организации в товарах (работах, услугах) по принципу соотношения цены и качества с учетом принципа приобретения блага не только для самой организации, но и для общества и экономики в целом, включая минимизацию ущерба для окружающей среды¹.

Правовые основы для применения устойчивых государственных закупок были заложены нормами вторичного права Европейского союза (ЕС). Так, в п. 5 преамбулы Директивы 2004/18/ЕС в качестве одной из целей директивы называется установление основных положений, определяющих, каким образом заказчик может внедрить экологические требования и концепцию устойчивых закупок в закупочную документацию, не нарушив при этом остальных требований законодательства о государственных закупках ЕС². Затем Директива 2014/24/ЕС в качестве одного из принципов осуществления государственных закупок закрепила необходимость обеспечения соответствия участников закупки «основным нормам экологического, социального и трудового права ЕС»³.

Порядок применения устойчивых государственных закупок на практике был конкретизирован в дальнейшем в судебной практике.

Судебная практика ЕС в сфере устойчивых государственных закупок

Необходимо отметить, что Суд ЕС начал формировать практику по применению устойчивых закупок еще до того, как было принято решение о применении концепции устойчивого развития в ЕС. Еще в конце 1980-х гг. Суд ЕС постановил, что заказчик при присуждении контракта может руководствоваться необходимостью стимулирования социального развития, например, путем присуждения контракта поставщику, который создает места и нанимает на работу граждан, находящихся длительное время без работы, как это было в деле *Gebroeders Beentjes BV v. Netherlands*⁴. Также впоследствии Суд ЕС признал, что степень загрязнения атмосферы (меньшее количество выбросов выхлопных газов при оказании транспортных услуг)⁵ или интенсивность выбросов углекислого газа в атмосферу (использование возобновляемых источников энергии)⁶ являются допустимыми критериями присуждения государственного контракта. Для того чтобы в дальнейшем не возникало трудностей с определением, не противоречит ли критерий выбора победителя закупки законодательству ЕС, Суд в ряде своих решений выработал принцип «тесной взаимосвязи [критерия] с предметом закупки»⁷.

Впервые принцип “тесной взаимосвязи [критерия] с предметом закупки” был сформулирован Судом ЕС в решении по делу *Concordia Bus Finland Oy Ab v Helsingin Kaupunki and Hkl-Bussiliikenne* (далее - дело *Concordia Bus*).

Обстоятельства дела и вопросы права. В деле *Concordia Bus*, решение по которому было вынесено в 2002 г., Суду ЕС необходимо было установить, имел ли право заказчик на основании действующих на тот момент директив по государственным закупкам при проведении торгов на оказание услуг по автобусному сообщению наряду с критерием “экономически наиболее выгодного предложения” установить критерий, учитывающий количество выхлопных газов, выбрасываемых в атмосферу, и уровень шума, производимого автобусами.

В данном деле Суду ЕС необходимо было ответить на принципиальный вопрос: не противоречит ли нормам европейского права присуждение государственного контракта на основе экологического критерия?

Выводы Суда ЕС. Суд ЕС постановил, что не противоречит. Однако при этом он сделал оговорку, что “не любой экологический критерий является допустимым при определении поставщика”⁸. Суд ЕС пояснил, что, хотя заказчик обладает полномочиями устанавливать критерии, на основании которых будет выбран поставщик, такие критерии не должны быть сформулированы таким образом, чтобы предоставлять заказчику неограниченную свободу выбора поставщика. Они должны строго соответствовать основным принципам европейского права, в том числе принципу недискриминации, а также быть четко обозначены в документации о закупке.

Для установления возможности дальнейшего применения заказчиками экологического критерия при подготовке документации о закупке Судом ЕС в данном деле был выработан принцип “тесной взаимосвязи [критерия] с предметом закупки”⁹. При этом Суд ЕС уточнил, что “критерий, касающийся уровня выброса выхлопных газов в атмосферу и уровня шума, производимого автобусами, [...] является взаимосвязанным с предметом закупки - предоставлением услуг городского автобусного сообщения”¹⁰. Таким образом, в данном деле Суд ЕС начал развивать принцип “тесной взаимосвязи [критерия] с предметом закупки”, пояснив, что он не ограничивается лишь связью с функциональной целью закупки (приобретение услуг городского автобусного сообщения), а также включает в себя взаимосвязь с экологическими последствиями использования данных услуг

(загрязнение окружающей среды выбросами выхлопных газов используемых автобусов).

Решение по делу *Concordia Bus* прояснило вопрос о допустимости применения при присуждении контракта критерия, устанавливающего экологические требования, которым должны соответствовать товар, услуга при предоставлении заказчику. Однако вопрос возможности установления экологического критерия выбора поставщика, относящегося к фазе производства, в данном деле разрешен не был, поэтому он был рассмотрен позднее в деле *EVN AG and Another v Austria (Stadtwerke Klagenfurt AG and Another, intervening)* (далее - дело *Weinstrom*)¹¹.

Обстоятельства дела и вопросы права. В деле *Weinstrom* истец - проигравший участник закупки - оспаривал возможность применения экологического критерия к процессу производства при присуждении контракта на снабжение электроэнергией, а именно на поставку электроэнергии, произведенной из возобновимых источников энергии. Суду ЕС необходимо было определить, правомочно ли заказчик установил такой критерий.

Выводы Суда ЕС. Суд ЕС постановил, что действия заказчика не противоречили действующим нормам права ЕС. Обосновывая свое решение, Суд ЕС выделил два основных положения. Во-первых, Суд ЕС сослался на свои выводы по делу *Concordia Bus* и установил, что “в случае, если заказчик выбрал в качестве критерия определения поставщика критерий “экономически наиболее выгодного предложения”, он также может установить и экологический критерий”¹². Во-вторых, Суд ЕС установил, что критерий, касающийся экологических требований к процессу производства (производство электроэнергии из возобновляемых источников), является допустимым и не противоречит нормам европейского права, конечно, в случае, если он не идет в разрез с основными принципами европейского права, в том числе принципом недискриминации, а также был четко обозначен в документации о закупке. Суд ЕС установил, что требования, предъявленные заказчиком в качестве критерия присуждения контракта, в данном деле не касаются физических или функциональных характеристик поставляемого товара (электричество, произведенное с использованием горючего топлива, имеет те же физические и функциональные характеристики, что и электричество, произведенное с использованием возобновимых ресурсов). Но при этом они имеют прямое отношение к экологическим последствиям воздействия, оказываемого на окружающую среду.

Таким образом, в данном деле Суд ЕС определил, что не существует каких-либо различий в применении экологического критерия при определении поставщика, независимо, применяется ли он на этапе производства продукции или на этапе ее потребления.

Несмотря на активное развитие в делах *Concordia bus* и *Weinstrom* принципа “тесной взаимосвязи [критерия] с предметом закупки”, там речь шла лишь об экологическом критерии и возможности его применения в процессе определения поставщика. Возможность распространить действие данного принципа на остальные компоненты устойчивых закупок представилась Суду ЕС в деле *Commission v The Kingdom of the Netherlands* (далее - дело *North Holland*)¹³.

Обстоятельства дела и вопросы права. Дело *North Holland* касается обжалования результатов проведения закупки на поставку и обслуживание автоматических кофемашин в провинции Северная Голландия. При осуществлении закупки заказчик стремился приобрести продукцию, которая была бы произведена в соответствии с определенными экологическими и социальными стандартами. Поэтому при составлении документации заказчик особо обозначил свое требование, чтобы отдельные элементы продукции (в частности, кофейные зерна и сахар) были произведены без применения химических удобрений и без применения рабского труда. Суду ЕС необходимо было установить, правомерны ли были действия заказчика по установлению неценового и неэкологического критерия для приобретения продукции.

Выводы Суда ЕС. В своем решении Суд ЕС отметил, что директивы, регулирующие государственные закупки в ЕС, предусматривают, что критерии определения поставщика могут быть не только экономическими по своей природе: “заказчик также вправе устанавливать критерии выбора поставщика, основываясь на социальных потребностях с целью создания благоприятных условий для незащищенных групп населения, причем в рамках контракта это могут быть как получатели товаров, работ, услуг, так и другие лица”¹⁴.

Кроме того, аргумент истца о том, что, установив одним из критериев отсутствие рабского труда при производстве продукции, заказчик таким образом оценивает политику компании-поставщика, что ни в какой мере не связано с предметом закупки, был отклонен Судом ЕС, поскольку данный критерий присуждения контракта относился лишь к неко-

торым составляющим элементам поставляемой продукции и, как следствие, не имел отношения к торговой политике компании в целом.

Как и в деле *Weinstrom*, где одним из критериев определения поставщика было производство электроэнергии с использованием возобновимых ресурсов, в деле *North Holland* требование производства кофе и сахара без использования рабского труда не имеет отношения к физическим или функциональным характеристикам поставляемого товара, но при этом имеет большое значение для заказчика. Данный факт нашел отражение в позиции Генерального адвоката: “Вкус сахара не изменится в зависимости от того, был он произведен с использованием рабского труда или нет. Однако товар на рынке, произведенный с использованием рабского труда, оставит горький привкус на губах социально ответственного покупателя”¹⁵.

Рассмотрев судебную практику ЕС в сфере применения устойчивых закупок, можно сделать вывод, что в данных трех делах Суд ЕС окончательно разрешил вопрос, может ли заказчик использовать экологические и социальные критерии при присуждении государственного контракта. Данные решения сыграли ключевую роль в инкорпорации устойчивых государственных закупок в европейское право. Именно эти три дела определили порядок и условия применения экологических и социальных критериев при осуществлении государственных закупок.

Необходимо отметить, что, несмотря на такое активное развитие принципов применения устойчивых государственных закупок в решениях Суда ЕС, в правовом регулировании устойчивых закупок еще существует немало пробелов и проблем, требующих решения путем внесения изменений в действующее законодательство.

Пробелы в законодательстве ЕС в сфере устойчивых закупок

Так, необходимо решить вопрос возможности использования определенных сертификатов и товарных знаков в процессе осуществления закупок. Ведь хотя Суд ЕС и установил возможность использования экологического и социального критерия при определении поставщика, он не определил, каким образом участник закупки должен доказать соответствие данным критериям. По общему правилу заказчик не имеет права требовать от участника закупки предоставить конкретные сертификаты и товарные знаки в подтверждение соответствия требованиям документации, хотя, например, намного уп-

ростила и сделала бы более прозрачным процесс присуждения контракта возможность заказчика потребовать наличие у продукции поставщика таких общеевропейских и международных товарных знаков, как ЕКО (органическое производство) или Max Havelaar (отсутствие рабского труда при производстве продукции).

Помимо того, хотя практика Суда ЕС и начала формировать нормативную базу, на основании которой заказчик имеет право включать в критерии определения поставщика экологические и социальные характеристики на этапе производства, данное положение пока используется только в качестве прецедента, в каждом конкретном случае суд рассматривает соответствие критерия требованиям, выделенным Судом ЕС в деле *Concordia Bus*. Поэтому необходимо, чтобы заказчик мог самостоятельно определять, что может, а чего не должно происходить в процессе производства поставляемой продукции, в том числе с целью исключить, например, использование детского труда или экологически вредных химических удобрений. На данный момент в соответствии с рекомендациями Европейской комиссии и практикой Суда ЕС заказчик может включать в критерии определения поставщика характеристики, касающиеся процесса производства, однако они не могут играть решающую роль при определении победителя.

Также в соответствии с действующим законодательством ЕС заказчик может устанавливать экологические и социальные требования только в качестве критерия определения поставщика. Поэтому степень использования таких критериев в процессе осуществления закупок ограничена. Во-первых, экологические и социальные требования могут быть включены заказчиком в документацию только в качестве критерия для определения победителя торгов, в качестве технологического требования в техническое задание они включаться не могут. А это означает, что данные критерии являются не обязательными для выполнения требованиями, а всего лишь условиями, которые могут помочь выиграть определение поставщика. Ведь, как уже было отмечено выше, экологические и социальные требования не могут выступать в качестве решающего критерия при определении победителя. Во-вторых, не все социальные требования могут быть критерием определения поставщика, а только те, которые напрямую касаются лиц, занятых в производстве или потреблении товара. Однако существуют случаи, когда незащищенные группы населения не подпадают

под данную категорию и не могут получить преимущества от осуществления устойчивых закупок. Таким примером является необходимость защиты прав и интересов зависимых от леса сообществ при производстве древесины.

В заключение хотелось бы отметить, что деятельность Суда ЕС в части формирования основных принципов применения устойчивых государственных закупок на практике невозможно переоценить. Именно благодаря выводам, сделанным Судом ЕС в своих решениях по делам, касающимся применения устойчивых государственных закупок, был сформулирован основной принцип применения заказчиками экологических и социальных критериев при осуществлении закупки. Однако при этом хотелось бы обратить внимание на существование необходимости дальнейшего закрепления разработанных Судом ЕС принципов в нормативных актах ЕС, а также устранения имеющихся в законодательстве пробелов, связанных с регулированием устойчивых государственных закупок.

¹ *Procuring the Future - the report of the UK Sustainable Procurement Task Force*. June 2006, p. 10.

² Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts (OJ L134, 30.4.2004, p.114).

³ Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC, art 15.

⁴ Case C-31/87 *Gebroeders Beentjes BV v. Netherlands* [1988] ECR 4635.

⁵ Case C-513/99 *Concordia Bus Finland Oy Ab v Helsingin Kaupunki and Hkl-Bussiliikenne* [2002] ECR I-7123.

⁶ Case C-448/01 *EVN AG and Another v Austria (Stadtwerke Klagenfurt AG and Another, intervening)* [2003] ECR I-14527 (Wienstrom).

⁷ Case C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab v Helsingin Kaupunki*, [2002] All ER (EC) 87. (*Concordia Bus*).

⁸ *Ibid*, par. 58.

⁹ *Ibid*, par. 59.

¹⁰ *Ibid*, par. 65.

¹¹ Case C-448/01 *EVN AG and Another v Austria (Stadtwerke Klagenfurt AG and Another, intervening)* [2003] ECR I-14527 (Weinstrom).

¹² *Ibid*, par. 33.

¹³ Case C-368/10, *Commission v The Kingdom of the Netherlands*. (North Holland).

¹⁴ *Ibid*, par. 85.

¹⁵ Opinion of Advocate General Kokott, North Holland, par. 110.