

ПРИЧИНЫ И ОСНОВНЫЕ ЭТАПЫ ФОРМИРОВАНИЯ ПРАВА ЕС В СФЕРЕ ГОСУДАРСТВЕННЫХ ЗАКУПОК

© 2017 Смазнова Александра Павловна

Московский государственный институт международных отношений (университет)
Министерства иностранных дел Российской Федерации
119454, г. Москва, пр-т Вернадского, д. 76
референт 2 класса государственной гражданской службы,
заместитель начальника отдела Департамента контрольно-ревизионной деятельности
и профилактики правонарушений
Министерство образования и науки Российской Федерации
125993, г. Москва, ул. Тверская, д. 11, ГСП-3
E-mail: smaznova.a.p@my.mgimo.ru

Анализируются причины начала развития и становления регулирования государственных закупок европейских стран на общеевропейском уровне. Рассматриваются этапы формирования европейского права в сфере государственных закупок и достижения данных этапов. Актуальность темы обусловлена необходимостью введения нового, 5-го, этапа в классификацию периодов развития европейского права в сфере государственных закупок.

Ключевые слова: Европейский союз, право ЕС, государственные закупки в ЕС, этапы формирования права ЕС в сфере государственных закупок, причины развития государственных закупок в ЕС, новый этап.

История становления европейского права в области регулирования государственных закупок начинается с решения государств-членов тогда еще Европейского экономического сообщества (ЕЭС) начать строительство общего рынка. В ст. 2 Договора об учреждении ЕЭС (далее - Римский договор 1957 г.) говорится об одной из основных целей Сообщества - создании общего рынка. Одновременно государства - члены ЕЭС определили основные шаги для достижения данной цели. Римский договор 1957 г. закрепляет свободу передвижения товара, услуг, капитала и лиц. Выразив свою приверженность вышеперечисленным принципам Сообщества, государства-члены пришли к пониманию необходимости ликвидировать все тарифные и нетарифные барьеры во взаимной торговле. Договором об учреждении ЕЭС предусматривается, что общий рынок должен создаваться поэтапно, в течение переходного 12-летнего периода (3 этапа по 4 года). Для каждого этапа предусматривается совокупность мероприятий, которые должны быть приняты и осуществлены в установленном порядке.

Предполагалось, что к 31 декабря 1969 г. все тарифные ограничения, существовавшие между государствами-членами, будут отменены. В итоге

к концу первого переходного периода на пути к общему рынку уже не существовало таможенных пошлин и сборов, квот и других форм количественного ограничения потока экспорта-импорта товаров между странами Сообщества. Несмотря на интеграционные успехи, государства - члены ЕЭС столкнулись с наличием нетарифных ограничений в торговле внутри Сообщества. Поскольку нетарифные ограничения представляют собой устойчивые практики и модели поведения на рынке, избавиться от них не так просто, как это было с тарифными барьерами. Нетарифные ограничения являются скрытой формой дискриминации и могут быть закреплены различными административными или законодательными нормами, касающимися регулирования монополий, налоговой сферы (косвенное налогообложение, государственная помощь, субсидии), введения технических стандартов, а также осуществления государственных закупок.

Нетарифные ограничения - широко распространенный инструмент, который государства используют в международной торговле. Однако существование нетарифных ограничений противоречит букве и духу Римского договора 1957 г. При этом бороться с нетарифными ограничения-

ми, которые используют государства для поддержки собственных отраслей, намного труднее, чем с тарифными ограничениями, наличие которых очевидно и которые можно легко отменить.

В теории международного права государственные закупки обычно классифицируются как средство внешнеторговой политики¹. Так, профессор И.И. Дюмулен отмечает, что одной из важнейших проблем международного регулирования торговли на данный момент является отсутствие «четкого общепринятого определения термина НТМ [нетарифные меры. - А.С.]. Это обстоятельство привело к появлению многочисленных классификаторов НТМ»². Причем государственные закупки единогласно включаются почти во все классификаторы нетарифных мер. Например, в классификационной схеме ЮНКТАД им отведено 12-е место под литерой М³.

Отнесение государственных закупок к числу нетарифных барьеров стало первым шагом на пути к осознанию необходимости совместного регулирования этой сферы в рамках Европейского сообщества. С точки зрения экономических интересов интеграция и либерализация сферы государственных закупок должна была привести к усилению конкуренции в данной области, появлению большего разнообразия поставщиков на данном рынке, повышению привлекательности государственных контрактов. В качестве конечного результата можно было рассчитывать на сокращение стоимости заключаемых государственных контрактов и экономию бюджетных средств. Когда необходимость наднационального регулирования государственных закупок была выявлена, следующей целью стало постепенное устранение негативной роли государственных закупок как нетарифного барьера.

Причины формирования права ЕС в сфере государственных закупок

Одной из основных проблем в борьбе с нетарифными ограничениями было наличие устойчивых практик в сфере государственных закупок в каждой отдельно взятой стране. В рамках ЕС такие устойчивые практики и модели поведения государств, являющиеся нетарифными барьерами в торговле между странами, впервые выделены и обозначены Европейской комиссией в Белой книге по построению единого внутреннего рынка. В данном акте мягкого права Европейская комиссия отмечает, что государственные

закупки, которые государства - члены ЕС по-прежнему стараются осуществлять в рамках своих национальных рынков, остаются одним из основных препятствий на пути строительства единого внутреннего рынка⁴. Следует отметить, что практика издания Белых и Зеленых книг распространена в европейском праве, эти акты рекомендательного характера широко применяются при регулировании рынка финансовых услуг в ЕС⁵. Подобные документы играют большую роль, так как позволяют оценить действия, которые будут предприниматься в Европейском союзе в ближайшие годы.

Устоявшиеся практики, которые страны применяют при осуществлении государственных закупок, ограничивают конкуренцию, поскольку не позволяют принять участие в торгах компаниям из других стран и таким образом нарушают естественный процесс развития торгово-рыночных отношений. Прежде всего, к таким практикам относят *защиту неконкурентоспособных отраслей промышленности*. Обычно правительство поддерживает такие отрасли промышленности за счет государственных заказов и аргументирует это необходимостью поддержать или даже повысить национальный доход и сохранить рабочие места в данном секторе экономики. При этом с точки зрения максимизации всеобщего благосостояния данные меры неприемлемы, поскольку противоречат принципу свободной торговли. С точки зрения экономической выгоды для государства-закупщика подобные меры также выглядят сомнительно⁶. Во-первых, в краткосрочной перспективе такая протекционистская политика означает повышенное расходование бюджетных средств, увеличение затрат и закупку продукции по завышенным ценам, что не приносит экономической выгоды государству. Во-вторых, в долгосрочной перспективе при отсутствии здоровой конкуренции и наличии гарантированного рынка сбыта в данной отрасли начнется застой, а затем стагнация национальной промышленности, что также экономически не оправдывает проведение такой политики. То есть причины, по которым государства продолжают проводить политику защиты неконкурентоспособных отраслей национальной промышленности, чисто политические и к экономической выгоде или заботе о росте всеобщего благосостояния не имеют отношения. Один из методов защиты неконкурентоспособной отрасли государства предполагает выдачу необ-

ходимых для выхода на внутренний рынок государства лицензий только ограниченному кругу компаний-импортеров, производителям определенных товаров и услуг из других стран, уполномоченным государственным учреждениям и т.п.⁷

Кроме того, ограничение конкуренции правительство часто объясняет *необходимостью обеспечить национальную безопасность государства, публичный порядок*. Например, государственные оборонные заказы размещаются у национальных производителей, чтобы в случае военного конфликта комплектующие и запасные части всегда были доступны или чтобы обеспечить независимость безопасности страны от иностранных поставщиков вооружения, военной, специальной техники и материальных средств. В политике большинства государств как только речь заходит об интересах национальной безопасности, обеспечении публичного порядка, экономическая целесообразность отходит на второй план. Данная практика применяется давно, особенно если учитывать более чем 200-летнюю историю понятия “публичный порядок”⁸. Поскольку решения о закупках в области обороны принимаются с учетом политической необходимости, а не реальных экономических потребностей, такие закупки также становятся барьером для беспрепятственного функционирования единого внутреннего рынка в ЕС.

Нормальному функционированию рынка также препятствуют *коррупция и кумовство*. Так, контракты получают поставщики, которые дали взятку чиновнику, или те, где политики или члены их семей имеют акции или долю в уставном капитале, или которые финансировали избирательную кампанию победившей партии. В связи с этим национальные компании получают определенное преимущество перед иностранными, поскольку имеют более тесные связи с местными властями.

Консервативность сектора государственных закупок становится естественным барьером, вытекающим из природы государственных закупок. При отсутствии характерного для обычного рынка стремления участников получить наибольшую выгоду государственные закупки по своей природе являются консервативной отраслью. Заказчики часто предпочитают иметь дело с хорошо знакомыми, проверенными компаниями, часто отсутствуют возможность или ресурсы ознакомиться с техническими характеристиками аналогичного товара иностранного

поставщика. Кроме того, сотрудники государственных предприятий могут не иметь достаточных стимулов и могут быть плохо контролируемы⁹. Как и коррупция, такая практика затрагивает и национального, и иностранного поставщика, однако в большей степени, конечно, негативно влияет на возможности иностранного поставщика.

Преодоление информационной недостаточности особенно актуально, учитывая, что в сфере государственных закупок сильны тенденции к бюрократизму и повышенному контролю с целью противодействия коррупции. В определенной мере эту проблему можно решить, если ввести единые правила и процедуры для всех государств - членов ЕС.

Еще одним барьером для развития здоровой конкуренции на рынке государственных закупок является *несовершенство закупочных процедур*. Например, если процедура определения поставщика (подрядчика, исполнителя) занимает очень много времени либо недостаточно четко определены критерии выбора победителя, то это снижает привлекательность государственных закупок для частного бизнеса, который предпочтет искать партнеров в других областях на более выгодных условиях, чем пытаться попасть на рынок государственных закупок.

Основные этапы формирования права ЕС в сфере государственных закупок

На устранение указанных выше практик и устойчивых моделей поведения в сфере государственных закупок были направлены усилия государств - членов ЕС на протяжении более 50 лет. За это время одной из основных целей государств - членов Европейских сообществ, а затем и Европейского союза была либерализация сферы государственных закупок. Исследователи правовой системы государственных закупок выделяют 4 этапа в развитии европейского права в сфере государственных закупок. Однако на основе проведенного анализа вторичного права ЕС, а также развития текущей ситуации можно сделать вывод о начале 5-го этапа в развитии системы государственных закупок в ЕС. Деление на этапы основано на периодах совершенствования вторичного права в сфере государственных закупок. На каждом этапе расширялась сфера действия европейского права в сфере государственных закупок на ранее не охваченные области жизни.

Начало 1-го этапа формирования европейского права в сфере государственных закупок относится к первой половине 1960-х гг. Тогда Европейская комиссия в Меморандуме Плана действий Сообщества на второй переходный период к общему рынку¹⁰ сделала выводы о том, что отсутствие единого регулирования в сфере государственных закупок является серьезным препятствием на пути дальнейшего развития общего рынка. Европейская комиссия предложила меры по решению данной проблемы. В результате был принят ряд директив, регулирующих осуществление закупок товаров и работ, в том числе директива от 21 декабря 1976 г. № 77/62/ЕЕС “О гармонизации процедур присуждения государственных контрактов на поставку товаров”¹¹ (первая директива о закупке товаров, далее - директива № 77/62) и директива от 26 июля 1971 г. № 71/305 “О гармонизации процедур присуждения государственных контрактов на выполнение работ” (первая директива по закупке работ - директива № 71/305¹²).

На 1-м этапе развития европейского права в сфере государственных закупок был установлен ряд основных принципов определения поставщиков и подрядчиков по государственным контрактам на поставку товара и выполнение работ. При этом данные директивы не устанавливали конкретных общеевропейских процедур определения поставщика и не отменяли существующие в государствах-членах правила и порядки присуждения государственных контрактов. Государства-члены по-прежнему на свое усмотрение устанавливали процедуры определения поставщиков и подрядчиков при условии, что они не противоречат требованиям европейского законодательства в сфере закупок, в частности обеспечению права на учреждение, а также свободе передвижения товаров, лиц и услуг в пределах Европейского сообщества.

На основании выводов и рекомендаций, сделанных Европейской комиссией в результате изучения правоприменительной практики в сфере государственных закупок, было принято решение продолжить совершенствование европейской системы государственных закупок. На 2-м этапе был внесен ряд изменений в директивы № 77/62¹³ и № 71/305¹⁴. При этом основными достижениями 2-го этапа развития права ЕС в сфере государственных закупок, помимо совершенствования системы закупок товаров и работ, стали при-

нятие директивы от 17 сентября 1990 г. № 90/531/ЕЭС “О порядке осуществления закупок предприятиями, осуществляющими деятельность в сфере транспорта, водоснабжения, электроэнергетики и телекоммуникаций”¹⁵ и распространение сферы действия европейского законодательства о государственных закупках на исключенные ранее сферы транспорта, водоснабжения, электроэнергии и телекоммуникаций, а также создание механизма защиты прав частных лиц в случае нарушения положений европейского права в сфере государственных закупок¹⁶. Несмотря на то, что данные механизмы и инструменты не были идеальны, содержали большое количество исключений и не распространялись на весь массив государственных закупок, осуществляемых государствами - членами Европейского сообщества, данный этап развития европейского права в сфере государственных закупок заложил прочную основу для совершенствования европейского права в сфере государственных закупок.

3-й этап развития европейского права в сфере государственных закупок характеризуется в первую очередь распространением его действия на государственные закупки услуг. Так, Советом министров была принята директива от 18 июня 1992 г. № 92/50/ЕЭС “О гармонизации процедур присуждения государственных контрактов на оказание услуг”¹⁷ (далее - директива № 92/50/ЕЭС). Кроме того, началась подготовка к созданию единой директивы, которая объединила бы регулирование государственных закупок как товаров, так и работ, и услуг. Главным достижением третьего этапа развития европейского права в сфере государственных закупок стало распространение его действия на осуществление закупок на оказание услуг. Издание директивы № 92/50/ЕЭС открыло возможность для унификации законодательства в сфере государственных закупок во всех сферах и для создания единого механизма регулирования государственных закупок товаров, работ и услуг.

На 4-м этапе развития европейского права в сфере государственных закупок проведена системная реформа законодательства в сфере государственных закупок. Результатом реформы стала кодификация норм о закупках товаров, работ и услуг и объединение их в единый документ - директива от 31 марта 2004 г. № 2004/18/ЕС “О гармонизации процедур заключения государственных контрактов на выполнение работ, поставку това-

ров и оказание услуг”¹⁸. Кроме того, был закреплен один из основных современных принципов организации европейского права в сфере государственных закупок - разделение регулирования всех закупок на общую и специальную части. К общей части можно отнести закупки товаров, работ и услуг, осуществляемых в соответствии с положениями директивы № 2004/18/ЕС, а к специальной - закупки в сфере жизнеобеспечения, регулируемые нормами директивы от 31 марта 2004 г. № 2004/17/ЕС “О гармонизации закупочных процедур для компаний, занятых в сферах водоснабжения, электроэнергетики, транспорта и почтового обслуживания”¹⁹. Такая дихотомия в европейском праве сохраняется до сих пор, поскольку изначальные основания для создания отдельного инструмента регулирования государственных закупок в сфере жизнеобеспечения по-прежнему актуальны, и различия в правовом регулировании, в скорости развития и в организационно-правовом статусе субъектов закупок не позволяют создать единую систему регулирования государственных закупок в ЕС.

В результате реформы системы государственных закупок в ЕС появился сложный механизм, регулирующий большой объем различных правоотношений. Несмотря на то, что директива № 2004/18/ЕС свела воедино регулирование государственных закупок в трех областях - закупка товаров, работ и услуг, - получившийся акт был громоздким и сложным для восприятия. Кроме того, процессы либерализации различных отраслей экономики также должны были найти отражение в новой системе осуществления государственных закупок в ЕС. В связи с этим европейские институты вынуждены упростить существующее нормативное регулирование государственных закупок, сделать его более гибким и реагирующим на изменения, происходящие в рамках общего европейского экономического пространства.

5-й этап развития европейского права в сфере государственных закупок характеризуется принятием трех новых директив: две заменяли директивы № 2004/18/ЕС²⁰ и № 2004/17/ЕС²¹, а одна стала нововведением для правовой системы регулирования государственных закупок в ЕС. Так, впервые регулирование договоров концессий в сфере государственных закупок было вынесено в отдельный документ - директиву от 26 февраля 2014 г. № 2014/23/ЕС “О присуждении договоров концессии”²². Также необходимо отме-

тить реформу системы защиты от неправомерных действий со стороны заказчика. Директивой от 11 декабря 2007 г. № 2007/66/ЕС “О внесении изменений в директивы № 89/665/ЕЭС и № 92/13/ЕЭС с целью повысить эффективность процедур пересмотра решений, принятых при присуждении государственных контрактов” (далее - директива № 2007/66)²³ был внесен ряд ключевых изменений, в результате которых была сформирована действующая на данный момент система защиты участников закупки, поставщиков, подрядчиков, исполнителей от неправомерных действий заказчика. В итоге был создан новый правовой режим осуществления государственных закупок, значительно усовершенствовавший закупочный процесс.

За более чем полувековую историю развития и совершенствования европейского права в сфере государственных закупок государствам - членам ЕС удалось создать работающую и эффективную систему правового регулирования государственных закупок, которая предусматривает применение общих принципов и норм права ЕС при осуществлении закупок, включает предварительный мониторинг и контроль закупок, а также возможность обжалования действий заказчиков на всех этапах проведения закупки. Результатами функционирования данной правовой системы стали устранение части существовавших нетарифных ограничений (по крайней мере, в части, касающейся государственных закупок) и минимизация негативного влияния не ликвидированных устойчивых практик государств-членов в сфере государственных закупок. Это внесло значительный вклад в развитие экономической интеграции на европейском пространстве.

¹ Международные экономические отношения / под ред. Н.Н. Ливенцева. Москва, 2005. С. 135-148.

² Дюмулен И.И. Нетарифные меры в современной международной торговле: некоторые вопросы теории, практика и правила ВТО, интересы России // Российский внешнеэкономический вестник. 2016. № 2. С. 3.

³ UNCTAD (2013). Non Tariff Measures to Trade Economic and Policy issues for Developing Countries. Geneva.

⁴ European Commission. White Paper for the Completion of the Internal Market. P. 23.

⁵ Касьянов Р.А. Финансовое право Европейского союза // Европейское право. Право Европейского союза и правовое обеспечение защиты прав человека : учеб. для студ. вузов. 3-е изд., пересмотр. и доп. Москва, 2011. С. 668-690.

⁶ Кнобель А.Ю., Синельников-Мурылев С.Г. Открытость как фактор роста // Ведомости. 2016. 27 дек. (№ 4233).

⁷ Михайлова Г.В. Количественные ограничения и запреты в международной торговле // Современная наука. Серия “Экономика и Право”. 2014. № 12.

⁸ Касьянов Р.А. Понятие публичного порядка в правовых системах государств (на примере России и Франции) // Цивилист. 2013. № 4. С. 23-33.

⁹ Балацкий Е.В., Коньшев В.А. Российская модель государственного сектора экономики. Москва, 2005.

¹⁰ Memorandum of the Commission on the action programme of the Community for the second stage, BRUSSELS, 24 October 1962, COM(62)300, p. 15. Available from: http://aei.pitt.edu/1327/1/memorandum_1962_second_stage.pdf.

¹¹ Council Directive 77/62/EEC of 21 December 1976 coordinating procedures for the award of public supply contracts OJ No L 13, 15. 1. 1977, p. 1. Available from: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:31977L0062&from=EN>.

¹² Council Directive 71/305/EEC of 26 July 1971 concerning the co-ordination of procedures for the award of public works contracts OJ 1971 L 185/5. Available from: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31971L0305>.

¹³ Council Directive 88/295/EEC of 22 March 1988 amending Directive 77/62/EEC relating to the coordination of procedures on the award of public supply contracts and repealing certain provisions of Directive 80/767/EEC, OJ 1988 L 127/1. Available from: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:31988L0295>.

¹⁴ Council Directive 89/440/EEC of 18 July 1989 amending Directive 71/305/EEC concerning coordination of procedures for the award of public works contracts, OJ 1989 L 210/3. Available from: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:31989L0440>.

¹⁵ Council Directive 90/531/EEC of 17 September 1990 on the procurement procedures of entities operating in

the water, energy, transport and telecommunications sectors OJ 1990 L 297.

¹⁶ Council Directive 89/665/EEC of 21 December 1989 on the coordination of the laws, regulations and administrative provisions relating to the application of review procedures to the award of public supply and public works contracts OJ 1989 L 395.

¹⁷ Council Directive 92/50/EEC of 18 June 1992 relating to the coordination of procedures for the award of public service contracts, OJ 92/50, OJ 1992 L 209.

¹⁸ 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 2004 L 134/114.

¹⁹ Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors, OJ 2004 L 134.

²⁰ 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, OJ 2014 L 94.

²¹ Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC, OJ 2014 L 94.

²² Directive 2014/23/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on the award of concession contracts OJ 2014 L 94.

²³ Directive 2007/66/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts OJ L 335, 20.12.2007, p. 31. Available from: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2007:335:0031:0046:en:PDF>.

Поступила в редакцию 05.02.2017 г.