

В. Ю. Слепак*

Некоторые аспекты защиты прав участников государственного оборонного заказа при обжаловании результатов торгов¹

Аннотация. В статье рассматриваются отдельные особенности построения систем пересмотра вынесенных по итогам закупочных процедур решений в государствах — членах ЕС в свете требований права ЕС. В частности, исследуются требования права ЕС к органам, осуществляющим пересмотр вынесенных решений в контексте необходимости определения баланса между принципом процедурной автономии государств — членов Европейского Союза (ст. 4 Договора о Европейском Союзе) и принципами эффективности и эквивалентности (выведены судебной практикой при толковании ст. 19 Договора о Европейском Союзе), анализируются проблемы при определении *locus standi* заявителя, т.к. чрезмерно узкое толкование понятия «интерес в получении соответствующего контракта» может выступать необоснованным ограничением для доступа к процедурам пересмотра и, более широко, доступа к правосудию. Исследуются вопросы применения такого основания для исключения из числа участников торгов, как «совершение существенного нарушения правил профессиональной деятельности», в свете примененных к руководителям участника закупки ограничительных мер ЕС. Возможны ситуации, когда действия единоличного исполнительного органа, которые привели к применению к нему ограничительных мер, могут быть рассмотрены как подтверждение совершения существенного нарушения правил профессиональной деятельности; в статье рассматриваются позиции, как подтверждающие данный тезис, так и указывающие на излишне широкую трактовку этой нормы. С одной стороны, Суд ЕС подтверждал, что органы управления, особенно единоличные исполнительные органы, оказывают решающее влияние и осуществляют эффективный контроль за деловой активностью соответствующего общества, в силу чего их действия могут рассматриваться как действия компании, в том числе применительно к вопросам ответственности. С другой стороны, сами ограничительные меры по своей природе мерой ответственности не являются. Однако вопрос, вправе ли национальные органы производить переоценку выводов Совета ЕС применительно к обжалованию результатов торгов, остается открытым.

Ключевые слова: Европейский Союз, ЕС, государственные закупки, *locus standi*, ограничительные меры, санкции, пересмотр решений о присуждении контракта, обжалование результатов торгов.

DOI: 10.17803/1729-5920.2019.156.11.037-046

¹ При поддержке Программы Европейского Союза Erasmus+ Модуль Жана Моне 587634-EPP-1-2017-1-RU-EPPJMO-MODULE. Поддержка Европейской комиссией настоящей публикации не является подтверждением согласия с мнением авторов, и Комиссия не несет ответственности за любое использование представленной в настоящей публикации информации.

© Слепак В. Ю., 2019

* Слепак Виталий Юрьевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры интеграционного и европейского права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) vitaliy.slepak@gmail.com
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

Непосредственно процедуры государственных закупок регулируются в Европейском Союзе Директивой Европейского парламента и Совета 2014/24/EU². Вопросы пересмотра вынесенных по итогам закупочных процедур решений охватываются гораздо более старым нормативным актом — Директивой Совета 89/665³.

Директива 89/665 призвана гарантировать, что решения, принимаемые организаторами торгов, подлежат действенным механизмам пересмотра, особенно в случаях, когда такие решения нарушают право ЕС в сфере государственных закупок⁴.

В сфере безопасности и обороны действует более поздний акт — Директива 2009/81/ЕС Европейского парламента и Совета от 13.07.2009 о координации процедур размещения контрактов на выполнение отдельных работ и оказание услуг, заключения договоров поставки органами власти или обществами, ответственными за размещение заказов в сфере безопасности и обороны, вносящая изменения в Директивы 2004/17/ЕС и 2004/18/ЕС⁵.

В отличие от Директивы 2014/24/EU, Директива 2009/81/ЕС изначально включает в себя положения о пересмотре, в связи с чем специальный акт в отношении пересмотра решений в отношении гособоронзаказа не требуется. Однако положения разд. IV Директивы 2009/81/ЕС в целом идентичны нормам Директивы 89/665,

в связи с чем полагаем целесообразным рассматривать также и практику Суда ЕС по данному вопросу, созданную до вступления в силу Директивы 2009/81/ЕС, т.к. по данной Директиве выводы Суда в целом идентичны, что позволяет применять соответствующие подходы Суда ЕС по аналогии.

Эффективная система правовой защиты является важной составляющей в открытии рынков государственных закупок и, по сути, гарантом устранения ограничений в торговле между государствами-членами⁶. Тем не менее основная задача директив заключается не в формировании механизмов судебной защиты, а в обеспечении их наличия и эффективности на уровне государств-членов «таким образом, чтобы обеспечить надлежащую имплементацию положений директив о государственных закупках»⁷.

Необходимо отметить, что законодательство государств-членов не устанавливает четких требований к структуре органов власти, компетентных разрешать споры в определенных сферах. Каждое государство самостоятельно определяет на основе требований директивы, какой именно орган будет обеспечивать защиту прав и законных интересов ущемленных лиц при проведении государственных закупок⁸.

Чаще всего акты ЕС лишь предписывают государствам-членам обеспечить наличие таких органов для разрешения споров, связанных

² 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 L 94, 28.3.2014, Pp. 65—242).

³ 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, P. 33), as amended by Directive 2007/66/EC of the European Parliament and of the Council of 11 December 2007 (OJ 2007 L 335, P. 31)

⁴ Directive 89/665, Article 1(1), subparagraph 3; Case C-81/98 Alcatel Austria and Others [1999] ECR I-7671, paras 33—34 ; Case C-470/99 Universale-Bau and Others [2002] ECR I-11617, para 74 ; Case C-410/01 Fritsch, Chiari & Partner and Others [2003] ECR I-6413, para 30 ; Case C-230/02 Grossmann Air Service [2004] ECR I-1829, para 36.

⁵ Directive 2009/81/EC of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 on the coordination of procedures for the award of certain works contracts, supply contracts and service contracts by contracting authorities or entities in the fields of defence and security, and amending Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC (OJ L 216, 20.8.2009, P. 76).

⁶ *La Chimia A. Tied Aid and Development Aid Procurement in the Framework of EU and WTO Law: The Imperative for Change.* Bloomsbury Publishing, 2013. P. 332.

⁷ C-392/93 *The Queen v H. M. Treasury, ex parte British Telecommunications plc.*, para 26 [ECLI:EU:C:1996:131] ; C-406/08 *Uniplex (UK) Ltd v NHS Business Services Authority*, para 26 [ECLI:EU:C:2010:45] ; C-314/09 *Stadt Graz v Strabag AG and Others*, para 33, 39 [ECLI:EU:C:2010:567] ; C-440/13 *Croce Amica One Italia Srl v Azienda Regionale Emergenza Urgenza (AREU)*, para 42 [ECLI:EU:C:2014:2435].

⁸ *Williams-Elegbe S. Fighting Corruption in Public Procurement: A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures.* Bloomsbury Publishing, 2012. P. 276.

с применением того или иного акта ЕС. В частности, такие требования содержатся в директивах, посвященных государственным закупкам.

Ключевым требованием является независимость органа, осуществляющего пересмотр, от лица, вынесшего решение. Это требование необходимо рассматривать в свете практики Суда ЕС. Традиционно независимость рассматривается в двух аспектах: внешнем и внутреннем. Внешняя независимость означает, что орган, рассматривающий дело, осуществляет свои полномочия полностью автономно и защищен от внешних вмешательств или давления, способных повлиять на независимость его членов или повлиять на выносимое решение⁹. Компетентный орган при рассмотрении конкретного дела должен действовать без каких-либо иерархических связей или отношений подчинения другому органу, не принимая указаний или инструкций из каких-либо источников¹⁰. Под внутренней независимостью понимается объективность и отсутствие любой заинтересованности в результате процесса, кроме строгого соблюдения принципа верховенства права¹¹.

Именно на внешнюю независимость указывается в директивах о государственных закупках. Однако это не означает, что созданные в государствах-членах органы, ответственные за пересмотр принятых в сфере государственных закупок решений, не должны соответствовать критерию внутренней независимости, т.к. практика Суда ЕС возводит данные требования

к одному из общих принципов права — верховенству права.

Кроме того, на уровне первичного права ЕС устанавливаются общие требования к создаваемым государствами-членами механизмам разрешения споров.

Основной задачей является поиск баланса между базовыми в этой сфере принципами права ЕС: принципом процедурной автономии, с одной стороны, и принципами эквивалентности и эффективности — с другой.

Принцип процедурной автономии выводится из ст. 4 Договора о Европейском Союзе (далее — ДЕС), согласно которой Союз уважает национальную индивидуальность государств-членов, присущую их основополагающим политическим и конституционным структурам. В свете этого именно в рамках национального права государств — членов ЕС определяются органы, обладающие юрисдикцией по определенным вопросам, и устанавливаются процессуальные нормы, регламентирующие действия, направленные на защиту гарантированных ЕС прав частных лиц¹².

Многие государства-члены устанавливают специальные правила доступа к таким процедурам, в том числе требования о наличии законного интереса как предпосылки для *locus standi*, особенно в части административных правоотношений¹³. Только интерес, который является достаточно ясным и выражается в экономических последствиях, подпадает под требование

⁹ Minister for Justice and Equality, para 63 ; Wilson, para 51 ; Panicello, para 37 ; C-64/16 Associação Sindical dos Juizes Portugueses, EU:C:2018:117, para 44 ; C-685/15 Online Games and Others [2017] EU:C:2017:452, para 60 ; C-103/97 Köllensperger and Atzwanger [1999] ECR I-551, para 21 ; C-407/98 Abrahamsson and Anderson [2000] ECR I-5539, para 36 ; C-58/13 and C-59/13 Torresi [2014] EU:C:2014:2088, para 22 ; C-203/14 Consorci Sanitari del Maresme [2015] EU:C:2015:664, para 19 ; C-222/13 TDC [2014] EU:C:2014:2265, para 30 ; C-175/11 H.I.D. [2013] ECLI:EU:C:2013:45, para 96 ; C-517/09 RTL Belgium, [2010] ECR I-14093 para 39 ; Case No 7819/77 and 7878/77 Campbell and Fell v The United Kingdom, 28.6.1984 [ECtHR], para 78.

¹⁰ Minister for Justice and Equality, para 63 ; Wilson, para 51 ; Panicello, para 37 ; Associação Sindical, para 44 ; Online Games, para 60 ; C-103/97 Köllensperger and Atzwanger [1999] ECR I-551, para 21 ; Abrahamsson, para 36 ; C-58/13 and C-59/13 Torresi [2014] EU:C:2014:2088, para 22 ; C-203/14 Consorci Sanitari del Maresme [2015] EU:C:2015:664, para 19 ; C-222/13TDC [2014] EU:C:2014:2265, para 30 ; Case No 7819/77 and 7878/77 Campbell and Fell v The United Kingdom, 28.6.1984 [ECtHR], para 78.

¹¹ Minister for Justice and Equality, para 65 ; Wilson, para 52 ; Panicello, para 38 ; C-407/98 Abrahamsson and Anderson [2000] ECR I-5539, para 32 ; C-685/15 Online Games and Others [2017] EU:C:2017:452, para 61 ; C-222/13 TDC [2014] EU:C:2014:2265, para 31 ; C-203/14 Consorci Sanitari del Maresme [2015] EU:C:2015:664, para 20.

¹² C-425/16 Raimund [2017] ECLI:EU:C:2017:776, para 40 ; C-224/01 Köbler [2003] EU:C:2003:513, para 47 ; C-93/12 Agroconsulting [2013] EU:C:2013:432, para 35.

¹³ Так, национальные суды Бельгии, Франции, Венгрии, Италии, Нидерландов и Польши требуют наличия законного интереса как основы *locus standi* в административном процессе. См.: *Eliantonio M., Backes C., van Rhee C. H., Spronken T. and Berlee A.* Standing up for your right(s) in Europe. A comparative study on Legal

к государствам — членам ЕС гарантировать доступ к правосудию¹⁴.

Что касается *locus standi* применительно к государственным закупкам, то в соответствии со ст. 55(4) Директивы 2009/81 и ст. 1(3) Директивы 89/665 процедуры пересмотра должны быть доступны лицам, которые обладали или обладают интересом в получении соответствующего контракта и которым причинен или может быть причинен ущерб предполагаемым нарушением. Поскольку эти требования должны быть соблюдены одновременно¹⁵, то, как указал суд в деле *Hackermüller*, государства-члены не обязаны производить пересмотр процедур по заявлению любого лица, желающего получить государственный контракт, но вправе предъявлять к заявителю требования доказать, что заинтересованному лицу допущенными (согласно его заявлению) нарушениями причинен или может быть причинен вред¹⁶. Таким образом, ст. 1(3) Директивы 89/665 и ст. 55(4) Директивы 2009/81 адресованы только тем лицам, которые в ходе торгов продемонстрировали свой интерес в его получении¹⁷.

Тем не менее данные нормы отдельные государства — члены ЕС трактуют очень широко. При создании механизмов обжалования необходимо также принимать во внимание принципы эффективности и эквивалентности, закрепленные в ст. 19 ДЕС.

Статья 19(1) ДЕС обязывает государства — члены Европейского Союза обеспечить наличие средств защиты, достаточных для обеспечения правовой защиты в сферах, охватываемых правом ЕС. В соответствии со ст. 6 ДЕС Союз при-

знает права, свободы и принципы, которые установлены Хартией Европейского Союза об основных правах (далее — Хартия) и имеют такую же юридическую силу, как и учредительные договоры. Значимость Хартии неоднократно подчеркивалась Судом ЕС¹⁸.

Как подчеркивает Генеральный адвокат Круз Виллайон (*AG Cruz Villalón*) право на эффективное обжалование, закрепленное в ст. 47 Хартии, принципы эффективности и эквивалентности и общие принципы эффективной юридической защиты подлежат применению к любым национальным процессуальным нормам, направленным на введение гарантий исполнимости прав, предоставленных правом Союза, включая национальные нормы о *locus standi*, поскольку они являются важным фильтром для доступа к правосудию в государствах — членах ЕС¹⁹.

Как справедливо отметил Генеральный адвокат Мишо (*AG Mischo*), национальные правила, регламентирующие процедуры пересмотра решений по закупочным процедурам, не могут быть менее благоприятными, чем те, которые регламентируют аналогичные национальные меры (принцип эквивалентности) или делают практически невозможным или чрезвычайно сложным реализацию прав, предоставленных правом ЕС (принцип эффективности)²⁰.

В свете этого рассмотренные выше положения ст. 55(4) Директивы 2009/81 и ст. 1(3) Директивы 89/665 должны пониматься широко и предоставляться любому лицу, намеренному получить соответствующий государственный контракт²¹.

Standing (*Locus Standi*) before the EU and Member States' Courts. Intersentia, 2013. Pp. 70—71 ; Opinion of *AG Cruz Villalón* in Case C-510/13 *E.ON Földgáz Trade* [2014] ECLI:EU:C:2014:2325. Paras 52—53.

¹⁴ Opinion of *AG Cruz Villalón* in Case C-510/13 *E.ON Földgáz Trade* [2014] ECLI:EU:C:2014:2325, para 50.

¹⁵ Opinion of *AG Mischo* in Case C-249/01 *Hackermüller*, para 32.

¹⁶ Case C-249/01 *Hackermüller*, para 18.

¹⁷ Case C-129/04 *EspaceTrianon* [2005] ECR I-7805, para 19.

¹⁸ Case C-540/03 *Parliament v. Council* [2006] ECR I-05769, para 38 ; Case C-303/05 *Advocaten voor de Wereld* [2007] ECR I-3633, para 45—46 ; Opinion of *AG Colomer* in Case C-303/05 *Advocaten voor de Wereld*, para 76—79.

¹⁹ Opinion of *AG Cruz Villalón* in Case C-510/13 *E.ON Földgáz Trade* [2014] ECLI:EU:C:2014:2325, para 43.

²⁰ Opinion of *AG Mischo* in Case C-249/01 *Hackermüller*, para 45: citing, by analogy, Case C-390/98 *Banks v. Coal Authority and Secretary of State for Trade and Industry* [2001] ECR I-6117, para 121, Case C-453/99 *Courage and Crehan* [2001] ECR I-6297, para 29, Case C-92/00 *HI* [2002] ECR I-5553, para 67, Case C-470/99 *Universale-Bau* [2002] ECR I-11617, para 72 ; Case C-62/00 *Marks & Spencer* [2002] ECR I-6325, para 34 ; Case C-255/00 *Grunddigitaliana* [2002] ECR I-8003, para 33 ; C-424/01 *CS Austria* [2003] ECR I-03249, para 31.

²¹ Case C-81/98 *Alcatel Austria and Others* [1999] ECR I-7671, paras 34—35 ; Case C-410/01 *Fritsch, Chiari & Partner and Others* [2003] ECR I-6413, para 27.

Суд ЕС часто критиковал государства-члены, которые чрезмерно ограничивали критерии для получения *locus standi*²², в том числе по вопросам государственных контрактов²³. В частности, в делах *Universale-Bau*²⁴, *Fritsch*²⁵ и *Grossmann*²⁶ Суд ЕС постановил, что тот факт, что ст. 1(3) Директивы 89/665 позволяет государствам-членам устанавливать детальные правила, в соответствии с которыми предоставляется доступ конкретным лицам к процедурам пересмотра решений по закупочным процедурам, не позволяет государствам толковать термин «интерес в получении государственного контракта» таким образом, который ограничивал бы эффективность данной Директивы. Законодательство государств-членов в отношении присуждения государственных контрактов должно предусматривать процедуры, посредством которых проигравшие участники могли бы добиваться отмены решения²⁷.

Помимо требования о независимости органа, осуществляющего пересмотр, ст. 2 Директивы 89/665 и ст. 56 Директивы 2009/81 устанавливают полномочия, которыми должен обладать орган по пересмотру: право принимать меры по приостановке процедуры заключения контракта²⁸, отменять незаконно вынесенные решения при проведении торгов и по их завершении, а также изменять вынесенные решения и присуждать выплаты лицам, чьи права были нарушены.

В соответствии со ст. 2с Директивы 89/665 заявления о пересмотре решения, принятого организатором торгов, должны быть направлены не позднее 10 дней с момента получения

или опубликования такого решения. По вопросам о недействительности решений в значении ст. 2d(1) срок увеличен до 30 дней.

Эти требования направлены на повышение эффективности процедур пересмотра, что неоднократно подчеркивал Суд ЕС²⁹.

Несмотря на то что директивы в сфере государственных закупок прямо не предусматривают необходимость участия сторон в разбирательстве, право ЕС гарантирует каждому право быть заслушанным до принятия по отношению к нему меры индивидуального характера, влекущей для него неблагоприятные последствия, как составную часть права на хорошее управление, закрепленного в ст. 41 Хартии.

В сфере государственных закупок это право, в частности, означает, что до исключения участника закупки ему должна быть предоставлена возможность доказать организатору торгов, что его предложение является действительным³⁰. Как указал Генеральный адвокат Коломер (*AG Colomer*) в своем заключении по делу *SECA Pand Santorso*, участник закупки, который может быть исключен в результате сговора других участников, находится в значительно более невыгодном положении, если ему не предоставят право дать пояснения³¹. Соответственно, автоматический отказ в доступе к процедурам пересмотра может противоречить процессуальным требованиям права ЕС.

Директивы 2009/81 и 2014/24 устанавливают закрытый перечень оснований, по которым участник может быть исключен из числа участников торгов³².

²² Case C-115/09 *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen* [2011] EU:C:2011:289, para 43 ; Case C-72/12 *Gemeinde Altrip and Others* [2013] EU:C:2013:712, para 45 ; Case C-174/02 *Streekgewest* [2005] ECLI:EU:C:2005:10, para 19.

²³ C-145/08 *Club Hotel Loutraki and Others* [2010] EU:C:2010:247, para 78.

²⁴ Case C-470/99 *Universale-Bau and Others* [2002] ECR I-11617, para 72.

²⁵ Case C-410/01 *Fritsch, Chiari & Partner and Others* [2003] ECR I-6413, para 34.

²⁶ Case C-230/02 *Grossmann Air Service* [2004] ECR I-1829, para 42.

²⁷ Case C-212/02 *Commission v. Austria* [2004] ECLI:EU:C:2004:386, paras 23—29.

²⁸ В силу ст. 2(4) Директивы 89/665 и ст. 56(4) Директивы 2009/81 само по себе возбуждение процедуры пересмотра автоматически исполнение оспариваемого решения не приостанавливает.

²⁹ Case C-241/06 *Lämmerzahl* [2008] ECR I-8415, paras 50—64 ; C-406/08 *Uniplex* [2010] ECR I-0817, paras 38—50 ; C-456/08 *Commission v. Ireland* [2010] ECR I-0859, paras 56-63 ; C-166/14 *MedEval* [2015] ECLI:EU:C:2015:779, paras 37—46.

³⁰ Opinion of AG Colomer in Joined Cases C-147/06 and C-148/06 *SECAP v. Comune di Torino* [2007] ECR-I-3565, para 51.

³¹ Opinion of AG Colomer in Joined Cases C-147/06 and C-148/06 *SECAP v. Comune di Torino* [2007] ECR-I-3565, para 52.

³² Статьи 39 и 57 соответственно.

Наибольший интерес представляет такое основание, как «совершение существенно-го нарушения правил профессиональной деятельности» (*grave professional misconduct*) как вызывающее наибольшие сложности при определении баланса интересов частных лиц и интересов, признаваемых ЕС в значении ст. 52 Хартии.

Директивы 2009/81 и 2014/24 предусматривают, что хозяйствующий субъект может быть исключен из числа участников, если такой хозяйствующий субъект признан виновным в совершении существенного нарушения правил профессиональной деятельности, подтвержденного любыми средствами, которые может предоставить организатор торгов³³.

«Совершение существенного нарушения правил профессиональной деятельности» рассматривается как нарушение принципов, касающихся этики, деловой репутации и профессиональной добросовестности³⁴.

Такое поведение не ограничивается исключительно противоправным поведением, которое влияет на репутацию участника закупки, или нарушениями этических профессиональных стандартов в узком смысле³⁵. В частности, становится распространенной практика исключения хозяйствующего субъекта из закупочных процедур на основании противоправного поведения его действующих или даже бывших органов управления³⁶. Такой подход объясняется тем, что органы управления, особенно единоличные исполнительные органы, оказывают решающее влияние и осуществляют эффективный

контроль за деловой активностью соответствующего общества, в силу чего их действия могут рассматриваться как действия компании, в том числе применительно к вопросам ответственности³⁷.

Особое значение такой подход стал играть в свете распространения ограничительных мер в отношении физических лиц. Возможна ситуация, когда от участия в закупочных процедурах будет отстранен хозяйствующий субъект, которые сам не находится под действием ограничительных мер ЕС, однако в так называемых санкционных списках находится его руководитель.

Как указывал Суд ЕС в делах *Kadi*³⁸, *Ayadi*³⁹ и других делах⁴⁰, ограничительные меры могут оказать существенное негативное влияние на права и свободы соответствующих лиц, включая их профессиональную жизнь, даже если они не преследуют цель ограничить деловую активность таких лиц на территории Европейского Союза. В частности, такие меры могут воздействовать на профессиональную жизнь лиц⁴¹ и заключение ими ряда сделок⁴². При этом ссылки на основные права человека не всегда помогают, т.к. в соответствии с правом ЕС данные права не пользуются абсолютной защитой⁴³. Такие права могут быть ограничены, если ограничения связаны с целями защиты общего интереса, признанными Союзом, и не представляют собой непропорциональное и неприемлемое вмешательство, умаляющее саму суть гарантированных правом ЕС прав⁴⁴.

Однако проблема заключается в том, что ограничительные меры ЕС не являются санк-

³³ Directive 2009/81, Article 39(2)(d) ; Directive 2014/24, Article 57(4)(c).

³⁴ Case C-465/11 *Forposta and ABC Direct Contact* [2012] ECLI:EU:C:2012:801, para 11.

³⁵ Case C-465/11 *Forposta and ABC Direct Contact* [2012] ECLI:EU:C:2012:801, para 27.

³⁶ Case C-171/15 *Connexion Taxi Services* [2016] ECLI:EU:C:2016:948, para 17 ; Case T-320/15 *Impresa Costruzioni Giuseppe Maltauro v. Commission* [2015] Application OJ 2015 C 254, P. 25, para 2.

³⁷ Opinion of AG Mazák in Case C-407/08 P *KnaufGips v. Commission* [2010] ECLI:EU:C:2010:70, para. 73. См. также: Joined Cases C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P to C-208/02 P and C-213/02 P *Dansk Rørindustri v Commission* [2005] ECLI:EU:C:2005:408.

³⁸ Case C-402/05 P *Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission* [2008] ECR I-6351, paras 361, 375.

³⁹ Case C-183/12 P *Chafiq Ayadi* [2013] ECLI:EU:C:2013:369, para 68.

⁴⁰ T-256/11 *Ezz and Others v. Council* [2014] ECLI:EU:T:2014:93, para 220 ; Case T-200/14 *Ben Ali v. Council* [2016] ECLI:EU:T:2016:216, para 253 ; Case T-215/15 *Azarov v. Council* [2017] ECLI:EU:T:2017:479, para 91.

⁴¹ Case C-340/08 M and Others [2010] ECR I-3913.

⁴² Case C-117/06 *Möllendorf and Möllendorf-Niehuus* [2007] ECR I-8361.

⁴³ Case T-346/15 *Bank Tejarat v. Council* [2017] ECLI:EU:T:2017:164, para 148.

⁴⁴ Joined cases C-539/10 P and C-550/10 P *Al-Aqsa v Council and Netherlands v. Al-Aqsa* [2012] EU:C:2012:711, para 121 ; Case T-95/14 *Iranian Offshore Engineering & Construction v Council* [2015] EU:T:2015:433, para 59 ; Case T-346/15 *Bank Tejarat v. Council* [2017] ECLI:EU:T:2017:164, para 148.

циями за совершение правонарушений⁴⁵, а лишь политическими механизмами, направленными на пресечение поведения, не отвечающего интересам ЕС. В связи с этим вопрос вины, особенно надлежаще установленной, при вынесении решения о применении к лицу ограничительных мер практически никогда не ставится, а решение вопроса виновности вообще находится за пределами компетенции Совета ЕС, который вводит ограничительные меры.

При этом в силу ст. 48 Хартии каждый обвиняемый считается невиновным до тех пор, пока его виновность не будет установлена в законном порядке; каждому обвиняемому гарантируется соблюдение права на защиту.

Статья 39 Директивы 2009/81 и ст. 57 Директивы 2014/24 содержат закрытый перечень⁴⁶ оснований для исключения хозяйствующего субъекта из закупочной процедуры, и личные обстоятельства руководителя соответствующего хозяйствующего субъекта к таковым не относятся. Как следует из указанных статей, хозяйствующий субъект может быть отстранен от участия в закупке, только если признан виновным в совершении существенного нарушения правил профессиональной деятельности.

Однако введение ограничительных мер не влечет за собой предъявления обвинений уголовного характера⁴⁷. Как подчеркнул Суд ЕС в делах Ezz и Azarov, указание на то, что лицо ответственно за правонарушение, не подразумевает, что такое лицо осуждено за такое правонарушение⁴⁸.

По аналогии введение ограничительных мер за то или иное деяние не означает установления вины лица в таком деянии, что необходимо для отказа в заключении контракта по основанию «совершение существенного нарушения правил профессиональной деятельности» исходя из буквального толкования соответствующих статей директивы о государственных закупках.

Как подчеркивает Генеральный адвокат Кампос Санчес-Бордон (AG Campos Sánchez-Bordon) в заключении по делу Connexion Taxi Services, до момента наложения наказания в отношении хозяйствующего субъекта действует презумпция невиновности и он не может рассматриваться как виновный в совершении существенного нарушения правил профессиональной деятельности, даже если деяние, являющееся правонарушением (но еще не квалифицированное в качестве такового), имело место до даты объявления торгов⁴⁹.

Еще одна проблема возникает в свете того, что согласно практике Суда ЕС нарушение правил профессиональной деятельности как противоправное деяние должно быть установлено либо регулятором в соответствующей отрасли, либо вступившим в силу решением суда⁵⁰. Серьезность нарушения должна оцениваться с учетом поведения хозяйствующего субъекта⁵¹. В свете этого «существенное нарушение» толкуется ограничительно как поведение хозяйствующего субъекта, которое характеризуется противоправным умыслом или небрежностью определенной тяжести. Как справедливо указал Суд ЕС в деле Forposta, любое ненадлежащее

⁴⁵ Joined Cases T-128/12 and T-182/12 HTTS v. Council [2013] ECLI:EU:T:2013:312, para 42 ; Joined Cases T-42/12 and T-181/12 Bateni v. Council [2013] ECLI:EU:T:2013:409, para 39 ; Case T-578/12 National Iranian Oil Company v. Council [2014] ECLI:EU:T:2014:678, para 105 ; Case T-346/15 Bank Tejarat v. Council [2017] ECLI:EU:T:2017:164, para 142.

⁴⁶ Иной подход противоречил бы принципу правовой определенности. См., например, Opinion of AG Campos Sánchez-Bordon in Case C-27/15 Pizzo [2016] ECLI:EU:C:2016:48, para 14, а также по аналогии Case C-470/13 Generali-Providencia Biztosító [2014] ECLI:EU:C:2014:2469, para 16.

⁴⁷ Case T-390/08 Bank Melli Iran v. Council [2009] ECLI:EU:T:2009:401, para 111 ; Case T-346/15 Bank Tejarat v. Council [2017] ECLI:EU:T:2017:164, para 143 ; Case T-215/15 Azarov v. Council [2017] ECLI:EU:T:2017:479, para 142 ; T-256/11 Ezz and Others v. Council [2014] ECLI:EU:T:2014:93, para 77 ; Case T-545/13 Al Matri v Council [2016] ECLI:EU:T:2016:376, para 64.

⁴⁸ Case T-256/11 Ezz and Others v. Council [2014] ECLI:EU:T:2014:93, paras 57—61 ; Case C-220/14 P Ezz and Others v. Council [2015] ECLI:EU:C:2015:147, para 72 ; Case T-331/14 Azarov v. Council [2016] ECLI:EU:T:2016:49, para 52.

⁴⁹ Opinion of AG Campos Sánchez-Bordon in Case C-171/15 Connexion Taxi Services [2016] ECLI:EU:C:2016:506, footnote 8.

⁵⁰ Case C-465/11 Forposta and ABC Direct Contact [2012] ECLI:EU:C:2012:801, para 27 ; Case C-470/13 Generali-Providencia Biztosító [2014] ECLI:EU:C:2014:2469, para 35.

⁵¹ Case C-470/13 Generali-Providencia Biztosító [2014] ECLI:EU:C:2014:2469, para 15.

исполнение контракта потенциально может свидетельствовать об ограниченной профессиональной компетентности хозяйствующего субъекта, но не образует автоматически существенное нарушение⁵². Для того чтобы рассматривать нарушение в качестве существенного по общему правилу, должна быть проведена особая проверка индивидуального поведения лица⁵³.

Именно с такой оценкой и возникают проблемы. Фактически, принимая решение о введении ограничительных мер, Совет ЕС проводит оценку поведения лица. Принятое решение закрепляется в соответствующем регламенте, устанавливающим ограничительные меры в отношении государств и частных лиц. Принятый регламент обладает как верховенством, так и прямым действием, т.е. должен применяться всеми субъектами права на территории ЕС, а акты, ему не соответствующие, не подлежат применению. Как подчеркивал Суд ЕС, решения, не соответствующие праву ЕС, не подлежат применению⁵⁴. Все это ставит под вопрос действительность иной оценки, проведенной национальными органами власти.

При этом иная оценка могла бы подорвать эффективность ограничительных мер Союза, давая возможность действовать через подконтрольные юридические лица на рынке ЕС лицам, в отношении которых действует запрет на уровне ЕС совершать такие действия.

С другой стороны, данный подход представляется чрезмерно широким. Обычно в решениях и регламентах ЕС, вводящих ограничительные меры, перечисляются конкретные лица и запреты касаются имущества, которое им

принадлежит или ими контролируется. Несмотря на приведенный выше подход к возможности единоличного исполнительного органа определять деятельность юридического лица, сложно признать его лицом, единолично контролирующим юридическое лицо, если только он не является еще и единственным учредителем.

Как указал Суд ЕС в решении по делу *M and Others*⁵⁵, при толковании положений вторичного права ЕС предпочтение должно отдаваться толкованию, совместимому с общими принципами права ЕС, особенно принципом правовой определенности⁵⁶. Более того, как подчеркнул Суд в деле *Commission v. Ireland*, цели, преследуемые Директивой 89/665, должны достигаться национальным законодательством в соответствии с требованиями правовой определенности⁵⁷. Для этого государства — члены ЕС обязаны создать достаточно точные, ясные и предсказуемые нормы, позволяющие частным лицам уяснить свои права и обязанности⁵⁸.

Применительно к ограничительным мерам ЕС это означает, что данные принципы требуют от законодательства, оказывающего воздействие на права и свободы лиц⁵⁹, быть ясным и точным, чтобы соответствующие лица могли знать о своих правах и обязанностях.

Описанный выше расширительный подход к используемым основаниям для исключения из закупочной процедуры вряд ли содействует надлежащей реализации указанных требований и представляется необоснованным.

Тем не менее до настоящего времени на уровне ЕС правовая позиция по данному вопросу не сформирована.

⁵² Case C-465/11 *Forposta and ABC Direct Contact* [2012] ECLI:EU:C:2012:801, para 30.

⁵³ Case C-465/11 *Forposta and ABC Direct Contact* [2012] ECLI:EU:C:2012:801, para 31.

⁵⁴ *Križan*, para 69 ; *Elchinov*, para 29—30 ; *Melki*, para 43 ; C-106/77 *Simmenthal* [1978] ECR 629, para 21, 24 ; C-187/00 *Kutz-Bauer* [2003] ECR I-2741, para 73 ; *Berlusconi*, para 72 ; C-314/08 *Filipiak* [2009] ECR I-11049, para 81 ; AG *Mazák* Opinion in C-188/10 and C-189/10 *Melki and Abdeli* [2010] ECR I-05667, para 76.

⁵⁵ Case C-340/08 *M and Others* [2010] ECR I-3913, para 64.

⁵⁶ Case C-98/91 *Herbrink* [1994] ECR I-223, para 9 ; C-1/02 *Borgmann* [2004] ECR I-3219, para 30.

⁵⁷ Case C-456/08 *Commission v. Ireland* [2010] ECLI:EU:C:2010:46, para 61.

⁵⁸ Case C-361/88 *Commission v. Germany* [1991] ECR I-2567, para 24 ; Case C-221/94 *Commission v. Luxembourg* [1996] ECR I-5669, para 22.

⁵⁹ Case C-340/08 *M and Others* [2010] ECR I-3913, para 65 ; Case C-402/05 *P Kadi and Al Barakaat International Foundation v. Council and Commission* [2008] ECR I-6351, para 375.

БИБЛИОГРАФИЯ

1. Craig P., de Búrca G. EU Law: Text, Cases, and Materials. — 5th ed. — OUP, 2011.
2. Dima A. M. Doing Business in Europe: Economic Integration Processes, Policies, and the Business Environment. — Springer, 2018.
3. Eliantonio M., Backes C., van Rhee C. H., Spronken T. and Berlee A. Standing up for your right(s) in Europe. A comparative study on Legal Standing (Locus Standi) before the EU and Member States' Courts. — Intersentia, 2013.
4. La Chimia A. Tied Aid and Development Aid Procurement in the Framework of EU and WTO Law: The Imperative for Change. — Bloomsbury Publishing, 2013.
5. Williams-Elegbe S. Fighting Corruption in Public Procurement: A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures. — Bloomsbury Publishing, 2012.

Материал поступил в редакцию 25 апреля 2019 г.

SOME ASPECTS OF PROTECTION OF RIGHTS OF PARTICIPANTS OF THE STATE DEFENSE ORDER WHEN CHALLENGING BIDDING RESULTS⁶⁰

Vitaliy Yu. Slepak, Cand. Sci. (Law), Associate Prof. of the Department of Integration and European Law of Kutafin Moscow State Law University (MSAL)
vitaliy.slepak@gmail.com
9 Sadovaya-Kudrinskaya, Moscow, 125993, Russia

Abstract. *The article deals with some features of the systems of revision of decisions made in the compliance with the results of procurement procedures in the EU Member States in the light of the requirements of EU law. In particular, the author investigates the EU law requirements applied to bodies reviewing decisions in the context of the need to determine the balance between the principle of procedural autonomy of the European Union member States (Article 4 of the Treaty on European Union) and the principles of efficiency and equivalence (derived from jurisprudence interpreting Article 19 of the Treaty on European Union). Also, the paper analyzes the problems arising while determining the applicant's locus standi, since an excessively narrow interpretation of the notion "interest in obtaining a relevant contract" may serve as an unreasonable restriction for the access to the procedures of reviewing and, more generally, access to justice. The author explores the issues of applying such grounds in order to exclude the procurement participant from the number of bidders on the ground of "commission of a significant violation of the rules of professional activity" in the understanding of EU restrictive measures applied to managers of the procurement participant. There may be situations when the actions of the sole executive body result in the application of restrictive measures and that may be considered as evidence of the commission of a fundamental violation of rules of professional activity; the article considers standings that both confirm this thesis and indicate an excessively broad interpretation of this rule. On the one hand, the European Court of Justice has affirmed that organs of governance, especially the sole executive bodies, have a decisive influence and effective control over business activity to such an extent that their actions can be regarded as actions of the company also with regard to issues of liability. On the other hand, restrictive measures themselves do not, by their nature, constitute a measure of liability. However, the question of whether national authorities have the right to reassess the conclusions of the EU Council with regard to challenging the bidding results remains open.*

Keywords: *European Union, EU, public procurement, locus standi, restrictive measures, sanctions, review of contract award decisions, challenge of bidding results.*

⁶⁰ With the support of the European Union Erasmus+ Jean Monnet Module 587634-EPP-1-2017-1-RU-EPPJMO-MODULE. The support of the European Commission for this publication is not a confirmation of agreement with the authors' opinion, and the Commission is not responsible for any use of the information from this publication.

REFERENCES

1. Craig P., de Búrca G. EU Law: Text, Cases, and Materials. 5th ed. OUP, 2011.
2. Dima A. M. Doing Business in Europe: Economic Integration Processes, Policies, and the Business Environment. Springer, 2018.
3. Eliantonio M., Backes C., van Rhee C. H., Spronken T. and Berlee A. Standing up for your right (s) in Europe. A comparative study on Legal Standing (*Locus Standi*) before the EU and Member States Courts. Intersentia, 2013.
4. La Chimia A. Tied Aid and Development Aid Procurement in the Framework of EU and WTO Law: The Imperative for Change. Bloomsbury Publishing, 2013.
5. Williams-Elegbe S. Fighting Corruption in Public Procurement: A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures. Bloomsbury Publishing, 2012.