

# Вплив практики суду ЄС у сфері державних закупівель України

## Практика Суду ЄС та Угода про асоціацію

Європейський Суд Справедливості (Суд ЄС) — одна із ключових установ ЄС. Він ухвалює рішення з питань, пов'язаних із правом ЄС, тому його юрисдикція поширюється на спори між державами-членами ЄС, Європейською Комісією та іншими установами ЄС щодо дотримання законодавства ЄС. Суд ЄС також уповноважений ухвалювати рішення щодо тлумачення законодавства ЄС у разі отримання так званих *преюдиційних запитів* від національних судів держав-членів ЄС. Йому належить останнє слово у справах, пов'язаних із тлумаченням законодавства ЄС.

Характерно, що Суд може достатньо широко тлумачити законодавство ЄС для оптимального забезпечення інтересів і досягнення цілей ЄС[1]. Як загалом свідчить практика Суду ЄС, судді завжди зосереджуються не стільки на формулюванні конкретних положень законодавства ЄС, скільки на їхніх контексті та меті. Крім того, перевагу, зазвичай, надають тлумаченням, які сприяють ефективній реалізації політики ЄС.

У цій статті проаналізовано лише один аспект діяльності Суду ЄС, пов'язаний із державними закупівлями та зацікавленістю України в застосуванні рішень Суду ЄС у процесі адаптації норм і практик у сфері державних закупівель до стандартів ЄС. Цей аспект стосується одного питання — судової практики ЄС, пов'язаної з помилками в конкурсних пропозиціях.

Відразу постає слушне запитання: як діяльність такої установи, як Суд ЄС, може стосуватися України, яка, принаймні зараз, навіть не є членом ЄС? Відповідь на це запитання можна знайти в Угоді про асоціацію між Україною та ЄС, згідно з положеннями якої щодо державних закупівель і державної допомоги у процесі адаптації до відповідних положень законодавства ЄС необхідно зважати на прецедентне право Суду ЄС.

Зокрема, що стосується державних закупівель, то у статті 153 Угоди про асоціацію зазначено, що *«... (у) цьому процесі належна увага повинна приділятися відповідному прецедентному праву Європейського Суду»*. Подібні вимоги також містяться в положеннях про надання державної допомоги,[2] однак вони не застосовуються в інших сферах адаптації законодавства відповідно до Угоди.

Особлива увага приділяється статті 153, яка визначає точний зміст етапів і графік адаптації законодавства України про державні закупівлі до положень директив ЄС у сфері державних закупівель[3] шляхом реалізації національної дорожньої карти адаптації, яка визначає конкретні завдання та пріоритети[4]. Необхідність застосування прецедентного права Суду ЄС може створити додаткові труднощі. Указана вимога є цілком зрозумілою, якщо врахувати важливість відповідної судової практики для належного тлумачення

директив ЄС у сфері державних закупівель. Як зазначалося вище, Суд ЄС наділений повноваженнями щодо тлумачення законодавства ЄС, а система преюдиційних рішень покликана забезпечити однакове розуміння та застосування законодавства ЄС, у нашому випадку — директив у сфері державних закупівель, в усіх державах-членах ЄС.

Якщо говорити конкретно, то вимога щодо приділення «належної уваги», передбачена статтею 153, включає два аспекти. По-перше, це означає, що під час транспонування директив в українське законодавство в окремих випадках необхідно враховувати, яким чином певне положення однієї або кількох відповідних директив тлумачиться Судом ЄС. Це також означає, що прецедентне право Суду ЄС, по суті, стає новим джерелом тлумачення Закону України «Про здійснення державних закупівель» (ЗДЗ)[5]. У зв'язку із цим зростає необхідність ознайомлення з ним суддів і фахівців.

## Роль принципів ЄС у практиці Суду ЄС

Що стосується державних закупівель, то у своїх численних рішеннях Суд ЄС визначив основні політичні цілі законодавства ЄС, а саме: усунення бар'єрів у торгівлі та забезпечення оптимального рівня конкуренції в державному секторі. Для досягнення цих цілей надзвичайно важливо дотримуватися двох принципів — принципу *рівного ставлення* та тісно пов'язаного з ним принципу *прозорості*. Найважливіші положення прецедентного права у сфері державних закупівель — особливо це стосується складних питань, пов'язаних із оцінюванням пропозицій конкурсних торгів, — ґрунтуються на тлумаченні цих принципів.

Виходячи з практики Суду ЄС, можна визначити низку процедурних вимог, які впливають із зазначених принципів. Такі вимоги, зокрема, стосуються інформації, яку мають надавати учасникам торгів, і підходу до оцінювання замовниками конкурсних пропозицій, а саме:

учасникам повинні надавати однаковий обсяг інформації для підготовки їхніх пропозицій, і така інформація повинна бути чіткою та недвозначною;

пропозиції, подані без дотримання вимог конкурсної документації, підлягають відхиленню як невідповідні;

замовник зобов'язаний забезпечити однакове застосування критеріїв присудження контракту до всіх пропозицій, визнаних прийнятними.

Нижче наведено приклади застосування вказаних принципів.

## Практика Суду ЄС стосовно помилок у конкурсних пропозиціях

Підхід Суду ЄС у сфері державних закупівель чудово демонструє його практика у справах щодо помилок у конкурсних пропозиціях. Переважно йдеться про внесення змін до пропозицій після їх подання, оскільки це питання майже не регулюють директиви ЄС[6].

Така ситуація призвела до появи припущення, що замовник може звернутися до учасників із запитом щодо уточнення або доповнення їхніх пропозицій, у тому числі щодо виправлення помилок, якщо це не призводить до надання неправомірних переваг і відповідно нерівного ставлення до учасників. Однак існує ризик того, що надання можливості виправлення помилок може призвести до фактичного проведення переговорів із учасником і внесення істотних покращень до його пропозиції. З іншого боку, така можливість дає змогу виправляти несуттєві помилки, щоб уникнути відхилення пропозицій з підстав, які не мають істотного значення. У деяких випадках це дає можливість уникнути скасування торгів, а також сприяє збільшенню кількості учасників торгів і відповідно підвищенню рівня конкуренції.

У цьому контексті важливим є рішення у справі *SAG ELV Slovensko*[7], ініційованій на основі преюдиційного запиту, поданого Верховним судом Словацької Республіки, що стосується проведення торгів із обмеженою участю щодо надання послуг зі стягнення плати за користування автомобільними дорогами.

Словацький замовник відхилив пропозицію конкурсних торгів на підставі її невідповідності вимогам документації конкурсних торгів. Зокрема, у пропозиції не було вказано порядку обчислення плати за користування автомобільною дорогою, тобто пропозиція містила істотну помилку. Учасник, який подав таку пропозицію, заявив, що йому не дали можливості пояснити зміст пропозиції і що замовники повинні були надати учасникам таку можливість.

Відповідно Суд ЄС отримав запит із проханням визначити, чи існує такий обов'язок або принаймні право замовників у необхідних випадках вимагати уточнення пропозицій.

У своєму рішенні Суд ЄС передусім розглянув питання наявності обов'язку замовників дозволяти учасникам уточнювати зміст їхніх пропозицій. Теоретично такий обов'язок міг би існувати, якщо йдеться про неістотні та очевидні помилки, виходячи з таких принципів права ЄС, як пропорційність і належне управління.

Однак Суд ЄС виключив існування такого обов'язку. Із самого початку Суд підтвердив, що для внесення змін до конкурсної пропозиції необхідно проводити переговори, що заборонено в ході процедур відкритих торгів і торгів із обмеженою участю у зв'язку з ризиком нерівного ставлення до учасників. Він також вказав, що ризик наявності помилок у конкурсній пропозиції лягає на учасника торгів, а існування будь-якого обов'язку замовника щодо уточнення пропозицій призведе до перекладення такого ризику на

замовника та поставити під сумнів правильність проведення всієї процедури.

Наступне запитання у справі стосувалося того, чи замовники мають принаймні право подавати запити на уточнення і таким чином уникати відхилення пропозицій. Суд ЄС не вважає, що принцип рівного ставлення виключає існування обмеженого права на уточнення пропозицій навіть у випадках, коли це виходить за межі звичайних формальностей і стосується істотних умов пропозиції, за умови, що це не призведе до змінення пропозиції та що відповідні помилки були очевидними. Із цього питання Суд ЄС висловив таку думку:

*«Однак стаття 2 відповідної Директиви не виключає, зокрема, внесення, у виключних випадках, виправлень або доповнень до конкурсних пропозицій, особливо коли зрозуміло, що вони потребують формального уточнення або виправлення очевидних істотних помилок, за умови, що внесення таких виправлень не призведе до подання нової пропозиції (...)*

*Діючи на власний розсуд, замовник зобов'язаний забезпечити рівне та справедливе ставлення до різних учасників, щоб подання запиту на уточнення не створило неправомірних переваг або перешкод для учасника або учасників, яким адресовано такий запит, що подається після завершення та з урахуванням результатів процедури відбору учасників».*[\[8\]](#)

Будь-яке уточнення однієї пропозиції надає їй перевагу перед пропозиціями конкурентів. У зв'язку із цим у рішенні Суду ЄС вказуються процедурні вимоги до замовників, щоб забезпечити уточнення пропозицій у тих випадках, коли це дійсно необхідно.

У конкретних ситуаціях, пов'язаних із державними закупівлями, буває складно вирішити, чи слід дозволяти уточнення пропозицій. Поняття очевидних істотних помилок найімовірніше поширюється на такі речі, як помітні арифметичні помилки або інші подібні помилки, як-от пропущені слова або неправильно вказана одиниця вимірювання (наприклад, метри замість кілометрів тощо).

У зв'язку із цим виникає інше запитання: чи можна подібним чином виправляти більш формальні помилки, як-от відсутність підписів, адрес або окремих документів? Питання відсутності необхідних документів розглядали у справі *Manova*[\[9\]](#). Наприкінці 2013 року Суд ЄС ухвалив преюдиційне рішення в цій справі, яке стосувалося окремих запитань, внесених на розгляд апеляційним судом Данії. Відповідні запитання постали у зв'язку з проведенням торгів із метою присудження контракту на управління центрами професійної підготовки, де учасника було відсторонено від участі в торгах на підставі того, що він не подав балансові звіти, щоб довести свою фінансову спроможність.

Як і у справі *SAG ELV Slovensko*, відсторонений учасник вважав, що йому повинні були дати змогу виправити помилку, тобто додати балансові звіти до поданої документації. У своєму рішенні в цій справі датський орган оскарження вказав, що це могло негативно вплинути на становище інших учасників, тому замовник був зобов'язаний відхилити пропозицію.

Відповідне рішення було оскаржене в апеляційному суді, який звернувся до Суду ЄС із проханням роз'яснити, чи замовникові дозволяється вимагати подання додаткових документів, таких як балансові звіти. У своєму рішенні у справі *Manova* Суд ЄС використав ті самі аргументи, що й у справі *SAG ELV Slovensko*, і постановив, що дозволяється подавати запит на отримання принаймні тієї інформації, якої не вистачає.

Однак Суд ЄС обмежив це право лише тією інформацією, яка об'єктивно існувала до настання кінцевого терміну подання пропозицій. Завдяки такому обмеженню відповідна можливість не використовуватиметься для подання банківських виписок або інших довідок, які учасник не отримав у ході підготовки пропозиції, а тому не існували до настання кінцевого терміну подання пропозицій.

Таким чином, будь-яке повторне надсилання або подання відсутніх документів обмежується лише тими документами, які існували на момент подання пропозиції, тобто коли документацію не внесли до конкурсної пропозиції через недогляд. Ідеться про те, що факт пізнішого надсилання таких документів не впливає на зміст самої пропозиції.

Суд ЄС встановив ще одне обмеження, яке стосується випадків, коли замовник вказує в конкурсній документації, що неподання певних документів є підставою для відхилення пропозиції. У такому разі замовник зобов'язаний відхилити пропозицію, навіть якщо такі документи не мали істотного значення або не були надані через недогляд. Ризик, пов'язаний із формулюванням умов конкурсної документації, покладається на замовника. Встановлення значної кількості жорстких формальних вимог може спрацювати на шкоду інтересам замовника.

Як і у справі *SAG ELV Slovensko*, аргументи, використані Судом ЄС у справі *Manova*, ґрунтувалися виключно на застосуванні принципів рівного ставлення та прозорості. Такі аргументи поширюються не тільки на закупівлі, які підпадають під дію директив ЄС у сфері державних закупівель, тобто ті, вартість яких перевищує різноманітні порогові значення, встановлені для загального застосування норм директив. Насправді освітні послуги, про які йшлося у справі *Manova*, належать до так званих «*послуг, вказаних у Додатку В*», які лише частково підпадають під дію чинних редакцій директив, оскільки мають місцеве, національне значення. Це впливає з такої заяви Суду ЄС: «Для початку необхідно зазначити, що хоча відповідно до статті 21 Директиви 2004/18/ЄС державні контракти на надання послуг, вказаних у частині II Додатку В до цієї Директиви, регулюються виключно статтями 23 і 35(4) цієї Директиви, до таких контрактів застосовуються основоположні норми Договору та загальні принципи права ЄС, якщо вони мають транскордонне значення».[\[10\]](#)

Ще одним важливим рішенням Суду ЄС стосовно помилок у конкурсних пропозиціях є рішення у справі *CEM Ambiente* від 6 листопада 2014 року[\[11\]](#). Воно також стосувалося закупівлі, яка не підпадала під дію Директиви ЄС про державні закупівлі, тому Суд виніс своє рішення, переважно керуючись принципами рівного ставлення та прозорості — без урахування конкретних положень Директиви.



У цій справі йшлося про торги в Італії, які проводили з метою укладення контракту на переробку паперових і картонних відходів. У ході попередньої кваліфікації вимогою було додати до пропозиції заяви під присягою щодо відсутності судимості у працівників, яких учасник планує залучити до виконання контракту. Одна з конкурсних пропозицій була відхилена у зв'язку з відсутністю такої заяви стосовно одного з призначених працівників. Пропозицію відхилили, навіть незважаючи на подальше надсилання учасником документації, яка підтверджувала, що відповідний працівник дійсно не має судимості. Крім того, він узагалі не був відповідальною особою, а його прізвище було помилково включене до пропозиції.

Суд ЄС отримав преюдиційний запит, покликаний встановити, чи замовник зобов'язаний відхилити пропозицію у випадку, якщо інформація, яка мала бути подана у вигляді заяви під присягою, була надана в інший спосіб і якщо в поданні такої заяви взагалі не було потреби.

Суд ЄС розпочав розгляд справи, звернувши увагу на те, що відповідно до умов торгів конкурсна пропозиція мала містити всю необхідну документацію, у тому числі заяви під присягою, інакше вона буде відхилена. Однак ці умови також дозволяли приймати пропозиції з помилками, якщо такі помилки не мали істотного значення для оцінки пропозиції.

Далі Суд ЄС послався на справу *Manova* та обов'язок замовників відхилити пропозиції, що не містять документів або інформації, які вимагав замовник під загрозою відхилення пропозиції. Він зазначив, що така сувора вимога впливає з принципу рівного ставлення та тісно пов'язаного з ним принципу прозорості. Для забезпечення рівного становища всіх учасників під час підготовки пропозицій, згідно з принципом прозорості, конкурсна документація повинна бути зрозумілою та чіткою, щоб забезпечити однакове розуміння її всіма учасниками. На думку Суду ЄС, тільки в такому разі конкурсні пропозиції будуть порівнюваними, що забезпечить об'єктивність оцінки таких пропозицій. Із цього питання Суд ЄС зробив таку заяву:

*«Така сувора вимога до замовників впливає з принципу рівного ставлення та обов'язку забезпечення прозорості, пов'язаного з указаним принципом, якого повинні дотримуватися замовники відповідно до вимог статті 2 Директиви 2004/18/ЄС.*

*По-перше, принцип рівного ставлення вимагає, щоб учасники торгів мали рівні можливості під час підготовки своїх пропозицій, тобто пропозиції всіх учасників повинні відповідати однаковим умовам. По-друге, обов'язок забезпечення прозорості покликаний виключити будь-який ризик прояву фаворитизму або самоуправства з боку замовників. Він передбачає, що всі умови та докладні правила присудження контракту повинні чітко, точно та недвозначно формулюватися в контрактному повідомленні або специфікаціях, щоб, по-перше, усі об'єктивно поінформовані учасники, які виявляють звичайну обережність, могли зрозуміти їх точне значення та однаково їх тлумачити і, по-друге, щоб замовник мав змогу визначити, чи подані пропозиції відповідають критеріям, які застосовуються для відповідного контракту (...)*».[\[12\]](#)

Виходячи з указанного вище, Суд ЄС дійшов висновку, що, незважаючи на специфічні обставини цієї справи (де відповідну інформацію було надано в інший спосіб і сталася помилка з працівником), замовник був зобов'язаний дотримуватися умов конкурсних торгів і відхилити пропозицію.

Важливість цього рішення, яке може видатися надто суворим, полягає в тому, що воно підкреслює обов'язковість умов конкурсних торгів стосовно відхилення пропозицій для замовників, незалежно від їх релевантності в конкретному випадку. Так само, як і в попередніх справах, таке рішення ґрунтується на тому, що ризик наявності помилок у пропозиціях покладається на сторону, яка відповідає за формулювання конкретних умов конкурсних торгів.

## **Вплив на положення директив ЄС у сфері державних закупівель**

У розглянутих вище справах положення директив ЄС у сфері державних закупівель жодним чином не впливали на підготовку рішень. Це частково пояснюється тим, що деякі справи не підпадали під дію директив, тому рішення ухвалювали на підставі положень Договору про функціонування Європейського Союзу (ДФЄС) і основоположних принципів права ЄС.

Незважаючи на це, прецедентне право Суду ЄС знайшло своє відображення в положеннях нових директив у сфері державних закупівель, ухвалених у 2014 році. Зокрема, у статті 56(3) Директиви про державні закупівлі 2014/24/ЄС, яка стосується як документації, що подається у процесі попередньої кваліфікації, так і самих пропозицій, зазначено, що:

*«У випадках, коли інформація або документація, надана суб'єктами господарювання, є або здається неповною чи некоректною, або коли відсутні певні документи, замовник може, якщо інше не передбачено національним законодавством, ухваленим на виконання цієї Директиви, звертатися до відповідних суб'єктів господарювання з проханням представити, доповнити, уточнити або укомплектувати відповідну інформацію або документацію протягом відповідного строку, за умови, що такі запити здійснені у повній відповідності з принципами рівного ставлення і прозорості».*

Крім того, проблема відсутності необхідних документів може вирішитися в майбутньому завдяки обов'язковому використанню електронних засобів зв'язку у сфері державних закупівель. Інструменти для подання пропозицій можна розробити таким чином, щоб надсилання пропозиції відбувалося тільки після завантаження всіх необхідних файлів.

Однак усе ж існує ймовірність допущення інших помилок, а наведене вище положення лише частково закріплює описані вище принципи прецедентного права Суду ЄС у текстах директив ЄС у сфері державних закупівель. Таким чином, практика Суду ЄС залишається основним джерелом розуміння правової ситуації, пов'язаної з наявністю помилок у конкурсних пропозиціях, а також інших аспектів застосування директив.

Крім того, на прикладі прецедентного права щодо помилок у конкурсних пропозиціях можна зрозуміти важливість аналізу та застосування практики Суду ЄС у процесі адаптації законодавства до стандартів ЄС.

Як цього досягти на практиці — це вже тема зовсім іншої розмови.

---

[1] Суд ЄС демонстрував свій так званий «активізм» у численних справах, починаючи зі знакових рішень, ухвалених понад 50 років тому стосовно співвідношення права ЄС із національним правом, а також верховенства права ЄС. Наприклад, див. матеріали, присвячені нещодавньому святкуванню 50-ї річниці з часу ухвалення одного з таких рішень [http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-12/qd30136442ac\\_002.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2013-12/qd30136442ac_002.pdf) Що стосується інтеграції на ринок ЄС і, зокрема, бар'єрів у торгівлі, то корисно ознайомитися із ключовим рішенням Суду ЄС, винесеним у справі Cassis De Dijon: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61978CJ0120>

[2] Відповідні вимоги передбачені статтею 264 та регулюють застосування статей 262–264 Угоди про асоціацію щодо надання державної допомоги.

[3] Будь-які посилання в цій статті на директиви ЄС у сфері державних закупівель стосуються Директиви ЄС про державні закупівлі в чинній редакції (Директива 2004/18/ЄС), а також у новій редакції (Директива 2014/24/ЄС), ухваленій 2014 року.

[4] На момент написання цієї статті проект Стратегії реформування системи державних закупівель разом із дорожньою картою, складеною відповідно до вимог Угоди про асоціацію, було передано на розгляд уряду. Очікується, що на момент публікації даної статті його вже буде затверджено.

[5] Закон України «Про здійснення державних закупівель» (№ 2289-IV).

[6] Це питання майже не регулюють директиви ЄС у сфері державних закупівель. Стаття 51 чинної редакції Директиви про державні закупівлі 2004/18/ЄС містить таке положення: *«Замовник може надіслати суб'єктам господарювання запит на доповнення або уточнення довідок і документів, поданих відповідно до статей 45–50»*. Це положення стосується документації, яку подають для проведення попередньої кваліфікації, і не передбачає внесення змін до конкурсних пропозицій. Однак у зв'язку з переглядом директив на початку 90-х років Рада ЄС та Європейська Комісія поширили таку заяву: *«Рада та Комісія постановляють, що під час процедур відкритих торгів і торгів із обмеженою участю необхідно виключити можливість проведення будь-яких переговорів із кандидатами або учасниками торгів щодо істотних умов контрактів, змінення яких може призвести до викривлення конкуренції, особливо тих, що стосуються цін; обговорення з кандидатами або учасниками торгів дозволяється проводити виключно з метою уточнення або доповнення змісту їхніх пропозицій або вимог замовників за умови відсутності дискримінації»*.



[7] [Справа SAG ELV Slovensko C-599/10](#): рішення від 4 травня 2012 року.

Повний текст рішення див. за адресою:

<http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-599/10>

[8] [Справа SAG ELV Slovensko, C- 599/10](#): пункти 40 і 41.

[9] [Справа Manova, C-336/12](#): рішення від 8 листопада 2013 року.

Повний текст рішення див. за адресою:

<http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-336/12>

[10] [Справа Manova, C-336/12](#): п. 26.

[11] [Справа CEM Ambiente, C-42/13](#): рішення від 6 листопада 2014 року.

Повний текст рішення див. за адресою:

<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-42/13>

[12] [Справа CEM Ambiente, C-42/13](#): пункти 43–46.