

О КЛЮЧЕВЫХ ИДЕЯХ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ЗАКЛЮЧЕНИЯ ДОГОВОРОВ СУБЪЕКТАМИ ЕСТЕСТВЕННЫХ МОНОПОЛИЙ ПО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВУ ЕВРОСОЮЗА

И. А. Андреев – аспирант кафедры гражданского права Уральской государственной юридической академии

Регулирование деятельности организаций, от функционирования которых зависит жизнедеятельность общества, осуществляется в различных направлениях¹. Одним из них является повышение эффективности расходования средств такими участниками рынка. Так, в Евросоюзе действует Директива от 31 марта 2004 г. № 2004/17/ЕС «О координации закупочных процедур организаций, оказывающих услуги в водной, энергетической, транспортной и почтовой сферах»² (далее – Директива). Обращение к заложенным в ней идеям будет способствовать уяснению специфики закупочной деятельности указанных организаций³. Практическую значимость будет иметь обсуждение проблемы распространения правового регулирования бюджетных закупок (в части процедур заключения договоров) на аналогичную деятельность субъектов естественных монополий⁴.

Основания и предпосылки введения регулирования. В основе Директивы лежат прецедентные положения⁵, выработанные Судом Евросоюза, согласно которым организация, деятельность которой направлена на удовлетворение нужд общества (а также экологии), не обладает неограниченной свободой выбора критериев для конкурентного отбора лиц – потенциальных контрагентов по договорам, при этом критерии должны быть связаны с предметом договора.

Среди причин, обуславливающих необходимость введения Директивы, особо отмечаются (1) многообразие способов регулирования деятельности таких организаций, в частности, путем участия в их капитале, представительства в исполнительных, управленческих и контролирующих органах⁶; а также (2) близость природы рынков таких органи-

¹ «Европейская модель конкурентного права <...> находится внутри административного права, где чиновники отслеживали считающиеся антиконкурентными злоупотребления...» См.: *Imelda Maher* Re-imagining the Story of European Competition Law // *Oxford Journal of Legal Studies*. 2000. Vol. 20. № 1. P. 161.

² OJ L 134, 30.4.2004, p. 1–113 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT, FI, SV); OJ L 134, 30.4.2004, p. 1–113 (ES, DA, DE, EL, EN, FR, IT, NL, PT, FI, SV).

³ Как отмечают К. Цвайгерт, Х. Кетц, «ныне считается общепризнанным, что свободная игра экономических сил уже не приводит автоматически к равновесию и гармонии, а, наоборот, чревата установлением экономического господства одних над другими. И потому ее во избежание подобных злоупотреблений необходимо ввести в определенные правовые рамки, ограничивающие отрицательные последствия конкуренции». См.: *Цвайгерт К., Кетц Х.* Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2 т. Т. 2. М.: Междунар. отношения, 2000. С. 17.

⁴ «Нерешенной, однако, остается в конкурентном праве следующая проблема, а именно, должно ли право бороться с неэффективностью, порожденной монополией, или право должно бороться за улучшение благосостояния в целом». См.: *Ariel Katz*. The potential demise of another natural monopoly: rethinking the collective administration of performing rights // *Journal of Competition Law and Economics*. 2005. Vol. 1. № 3. P. 548.

⁵ Как указывает Р. А. Познер, «юридическое обоснование судебных решений является независимым аналитическим поиском частного разрешения в конкретном деле; ссылка на прецедент выступает авторитетной основой сделанных выводов». См.: *Richard A. Posner* Citations Analysis in Law // *American Law and Economics Review*. 2000. Vol. 2. № 2. P. 385.

⁶ «И учредители, руководящие бизнесом, и нанятые топ-менеджеры могут стремиться использовать потенциал фирмы в угоду своим потребительским предпочтениям, однако рынок в силу механизмов корпоративного контроля вынуждает нанятых управленцев в первую очередь заботиться о дивидендной политике. Учредители, руководящие бизнесом, испытывают большую свободу, в отличие от нанятых управленцев, и потому преследуют неденежную выгоду от контроля. Когда потребление таких неденежных преимуществ принимает форму снижения роста или содержательного ухудшения продукта, указанная свобода перетекает для учредителей, управляющих фирмой, в необходимость снижения цен». См.: *Ernesto Scharfrodsky*. Do Publicly Traded Firms Price Differently from Private Firms? // *American Law and Economics Review*. 2003. Vol. 5. № 1. P. 33.

«Снижение издержек, вызванных действиями нанятых управляющих, возможно в силу сплоченности таких управленцев с собственниками бизнеса либо посредством снижения собственниками контроля за управлением фирмой. Любая из описанных ситуаций приводит к снижению абсолютных потерь при отделении функции контроля от собственников. Профессиональные управленцы с целью дальнейшего снижения издержек, вызванных действиями по руководству компанией, сами обратятся за аудитом, что обладает широко известным исключительно убеждающим эффектом; это в свою очередь вызовет спрос на аудит, различный по качеству и, соответственно, по ценам». См.: *Paul V. Dunmore*. Economic Competition between Professional Bodies: The Case of Auditing // *American Law and Economics Review*. 2001. Vol. 3. № 2. P. 306.

заций, на которых они функционируют, благодаря существованию специальных или исключительных прав, предоставленных государствами-участниками, в отношении предоставления, снабжения или управления сетями в целях оказания услуг в водной, энергетической, транспортной и почтовой сферах.

В основе координирующих норм Евросоюза о заключении договоров также лежат принципы равного правового режима (по отношению к которому принцип недискриминации является частным проявлением), взаимного признания, пропорциональности, транспарентности. Вводимое регулирование (с учетом содержания регулируемых сфер деятельности) должно предоставить максимум гибкости, будучи при этом на страже названных принципов⁷.

Обеспечение доступности к единому рынку и балансу закупочных норм в регулируемых сферах связано с обязательной возможностью идентификации организаций (действующих в данных сферах) по критерию, отличному от их правового статуса. Для этого необходимо, в частности, (1) предотвратить необъективность при установлении правового режима для организаций, функционирующих в публичной сфере, и аналогичных – в частной⁸; (2) гарантировать невосдействие применительно к существующим в Евросоюзе системам собственности.

Участие в процедуре конкурентного заключения договора организации, регулируемой преимущественно нормами публичного права, не должно привести к какому-либо умалению конкуренции относительно таких же участников – частных лиц.

Закрепляется механизм, позволяющий гарантировать возможность достижения эффективного расходования денежных средств (на заключаемые договоры) и внести вклад в защиту окружающей среды и стимулирование устойчивого развития.

Public utilities и понятие специальных прав.

Поскольку речь идет о регулировании закупочной деятельности организаций, оказывающих услуги,

имеющие существенное значение для жизнедеятельности общества (public utilities), для целей осуществляемого регулирования следует определить понятие специальных прав. В рамках вводимого регулирования не будут считаться специальным правом: (1) принудительное отчуждение или использование чужого имущества для строительства линий связи, портов, аэропортов, а также размещение средств связи на дорогах общего пользования; (2) управление водо-, газо-, электро-, теплосетями в целях поставки соответствующих ресурсов; (3) права, основанные на концессионных соглашениях.

Информационные средства в закупочной деятельности. Использование современных технологий электронной торговли усиливает конкуренцию, рационализирует закупочную деятельность, в частности, по способам экономии времени и денежных средств; указанное использование необходимо осуществлять в соответствии с принципами равного правового режима, недискриминации и транспарентности⁹.

При разработке правил регулирования деятельности электронных торговых площадок (электронных закупочных систем) следует учесть, что преимущества, предоставляемые такими системами ее участникам, должны распространяться на всех в равной мере. Для этого принимаются правила создания и управления такой системой, гарантирующие справедливое отношение к любому хозяйствующему субъекту, желающему присоединиться к системе. Широкий список участников такой системы сможет гарантировать оптимальное использование денежных средств посредством конкуренции¹⁰.

Рост обращения к электронным аукционам – разновидности конкурентного способа заключения договора – требует (1) нормативного определения электронного аукциона и (2) гарантии осуществления электронных аукционов в соответствии с принципами равного правового режима, недискриминации и транспарентности.

⁷ «Постоянно растущее число эмпирических исследований подтверждает, что черты культуры страны, особенно ее правовая система, влияют на развитие финансовых рынков». См.: *Michael L. Smith. Deterrence and Origin of Legal System // American Law and Economics Review. 2005. Vol. 7. № 2. P. 350.*

⁸ «В то время как у фирм закрытого типа уставы специально разработаны и детализированы, уставы публично котируемых компаний, на удивление, бессодержательны. В них всего несколько страниц без какой-либо конкретики. Они, в сущности, отсылают к диспозитивным нормам корпоративного права во всех существенных вопросах». См.: *Henry Hansmann. Corporation and Contract // American Law and Economics Review. 2006. Vol. 8. № 1. P. 4.*

⁹ «Заключение договора совмещает два родственных, но различных идеала, обуславливающих разные основания обязательности порожденных договором связей. Первым является автономия, для которой договор есть волевой акт, моральное содержание которого заключается в добровольном характере совершаемого действия. Другим идеалом выступает взаимность, для которой договор является средством взаимной выгоды <...> договоры обязательны не потому, что порожденные ими связи приняты в добровольном порядке, а в силу направленности на создание результатов, являющихся справедливыми». См.: *Friedrich Kratochwil. The Limits of Contract // European Journal of International Law. 1994. Vol. 5. № 1. P. 469–470.*

¹⁰ «Рынок характеризует однородность товара, и арбитраж должен предотвратить независимое изменение цен на аналогичные товары». См.: *Mario Forni. Using Stationarity Tests in Antitrust Market Definition // American Law and Economics Review. 2004. Vol. 6. № 2. P. 442.*

Для этого следует принять во внимание, что электронные аукционы проводятся только для заключения таких договоров о выполнении работ, поставке или оказании услуг, к которым могут быть разработаны четкие спецификации.

Механизм использования электронных аукционов со стороны потенциальных потребителей товаров, работ, услуг предоставляет таким лицам возможность требовать от участников торгов представлять новые ценовые заявки, пересмотренные в сторону понижения¹¹.

Необходимость соблюдения принципа транспарентности требует, чтобы объектом электронного аукциона были подходящие для автоматической оценки электронными средствами положения договора без какого-либо вмешательства и/или оценки потенциальных потребителей товаров, работ, услуг, для этого объект договора должен быть исчисляем и выражен количественно или в процентах.

Договоры, имеющие своим предметом интеллектуальное исполнение (е. г., проект работ), не должны заключаться на электронном аукционе.

Неприменение закупочных процедур. Важную роль играют пороговые значения цены заключаемых договоров; такие значения следует рассматривать как основания для принятия решения о применении или неприменении закупочных процедур; пороговые значения подлежат периодическим пересмотрам.

Неприменение закупочных процедур может быть обосновано режимом государственной тайны, а также специальными правилами заключения договоров, вытекающих из международных соглашений по размещению вооруженных сил или особо применимых в рамках международных организаций.

Оказание и соответствующее потребление товаров, работ, услуг в рамках функционирующей группы лиц может являться основанием отсутствия необходимости прибегать к процедурам регламентированных закупок. В то же время следует гарантировать, что такое исключение не приведет к нарушению конкуренции и к выгоде организаций – членов группы. В связи с этим целесообразно закрепить максимальные ограничения для потребления товаров, работ, услуг внутри группы, не прибегая к устанавливаемым закупочным процедурам.

Приобретение, аренда недвижимости, по замыслу составителей Директивы, обладают такими частными свойствами, которые делают применение закупочных правил нецелесообразными.

Также отмечается, что арбитражные и согласительные услуги обычно оказываются организациями или лицами, созданными или выбранными таким образом, что выбор нельзя урегулировать правилами о закупках.

Преимущества в закупочных процедурах. Важнейшими составляющими гарантии равных возможностей для всех выступают занятость и работа, вносящие вклад в объединение общества. Поэтому поддерживаемые государством профессиональные объединения и программы занятости способствуют эффективности для интеграции или реинтеграции людей с ограниченными возможностями на рынок труда. Вместе с тем такие профессиональные объединения в рамках обычных конкурентных условий, как правило, имеют низкую возможность одержать победу в конкурентной процедуре заключения договора. Следовательно, целесообразно зарезервировать за такими профессиональными объединениями право на участие в процедурах заключения договоров или право на исполнение договоров в контексте поддерживаемых программ занятости¹².

Возможность организации и проведения переговоров для уточнения положений проекта будущего договора ставится в зависимость от неограничения конкуренции.

Формирование заявок и критерии оценки. Составляемые организаторами закупочных процедур технические спецификации должны быть открытыми для конкуренции. В этой связи необходимо обеспечить возможность подтверждения подаваемых заявок, отражающих многообразие технических решений.

Составление технических спецификаций следует производить (1) в терминах, обозначающих процедуру технического исполнения, (2) требованиях, отсылающих к существующим стандартам. Заявки, составленные на основании выполнения других аналогичных мероприятий, соответствующие заявленным требованиям заказчиков и эквивалентные по условиям безопасности, должны приниматься. Для подтверждения эквивалентности участникам торгов необходимо позволить использовать любые доказательственные возможности.

Для вовлечения в регулируемую сферу закупочной деятельности предприятий малого и среднего бизнеса целесообразно предусмотреть положения о привлечении соисполнителей.

¹¹ «Ценовая дискриминация может осуществляться в разнообразных формах, существенно отличных по целям и воздействию». См.: *Damien Geradin, Nicolas Petit. Price discrimination under EC competition law: another antitrust doctrine in search of limiting principles? // Journal of Competition Law and Economics. 2006. Vol. 2. № 3. P. 489.*

«В отличие от конкурентного права ЕС антимонопольное право США не запрещает практику чрезмерного ценообразования». См.: *David S. Evans, A. Jorge Padilla. Excessive prices: using economics to define administrable rules // Journal of Competition Law and Economics. 2005. Vol. 1. № 1. P. 121.*

¹² «Императивные нормы должны играть решающую роль при любом обсуждении ограничений автономии». См.: *Jonathan H. Harris. Contractual Freedom in the Conflict of Laws // Oxford Journal of Legal Studies. 2000. Vol. 20. № 2. P. 260.*

Устанавливаемые организатором закупочной процедуры критерии должны быть объективными¹³.

Организаторы закупочной процедуры вправе предъявлять к ее потенциальным участникам экономические, финансовые и технические требования в целях установления соответствия заявленным критериям независимо от правовой природы связи между собой и такими потенциальными участниками¹⁴.

Именно на участниках закупочной процедуры лежит бремя доказывания, что указанные ресурсы будут фактически доступны на протяжении всего периода действия квалификации. Для квалификации организаторы закупочной процедуры вправе проводить самостоятельные проверки, чтобы оценить характеристики описываемых работ, товаров или услуг, в частности, по критериям совместимости и безопасности.

Принципы транспарентности, недискриминации и равного правового режима, реализуемые в проведении закупочной процедуры, делают целесообразным применение только следующих двух критериев: «минимальная цена» и «наиболее экономически привлекательная заявка».

Гарантией соблюдения принципа равного правового режима в процедуре заключения договора выступает открытость, позволяющая всем участникам процедуры быть надлежаще информированными о критериях и мероприятиях, которые будут применены для определения победителя – контрагента по договору. Поэтому на организаторе процедуры лежит обязанность обозначить отборочные критерии с относительной значимостью каждого из них, предоставив лицам, желающим принять участие в процедуре (заключения договора) время, достаточное для подготовки заявок.

В то же время имеются случаи, когда организатор процедуры вправе воздержаться от указания

значимости критериев для целей заключения договора, однако для этого требуется предоставление обоснований. В такой ситуации организатор процедуры обязан указывать важность нисходящего порядка критериев оценки заявок. Критерии заключения договоров не должны влиять на применение внутригосударственных норм об оплате отдельных услуг, например, оказываемых архитекторами, инженерами или юристами¹⁵.

Обеспечение конфиденциальности. Достижения в информационных и телекоммуникационных технологиях позволяют уравнивать традиционные средства коммуникации с электронными способами обмена информацией. Использование электронных средств позволяет сократить временные издержки. Внедряя электронные средства коммуникации в процедуру закупок, следует учитывать, чтобы общий эффект от снижения ограничений по срокам не стал чрезмерным. Повышенный уровень защиты и конфиденциальности в отношении электронных заявок¹⁶, запросов об участии в закупочной процедуре может быть обеспечен использованием электронных подписей.

Процедурные сроки. Срок уведомления участников закупочной процедуры о принятии каких-либо решений должен позволить таким участникам подать заявление о пересмотре принятого организатором решения; такую информацию, насколько это возможно, необходимо предоставлять участникам по общему правилу в течение 15 дней, следующих за принятым решением.

Возможности исключения участников. Необходимо исключать из числа участников закупочных процедур организации, в отношении которых имеется информация об их участии в преступном сообществе, коррупции, легализации доходов, добытых преступным путем¹⁷. Организатор закупоч-

¹³ «В то время как в научной литературе утверждается, что экономическое регулирование должно выступать в качестве суррогата конкуренции, исследователи не дают законодателю четкого ориентира для определения случаев, когда дерегулирование должно быть ограничено». См.: *Dennis L. Weisman*. When can regulation defer to competition for constraining market power?: complements and critical elasticities // *Journal of Competition Law and Economics*. 2006. Vol. 2. № 1. P. 101.

¹⁴ «Большая часть договоров заключается между сторонами, обладающими неодинаковой силой в процессе переговоров, но добрая совесть не требует от заключающих договор сторон отказываться от преимуществ или пренебрегать собственными интересами». См.: *Rick Bigwood*. Contracts by Unfair Advantage: From Exploitation to Transactional Neglect // *Oxford Journal of Legal Studies*. 2005. Vol. 25. № 1. P. 77.

¹⁵ «Невмешательство обычно рассматривают как один из приемов добросовестной конкуренции <...> Главной ситуацией, в которой невмешательство не может являться обоснованным, выступает случай, затрагивающий состязание, в котором имеется серьезный силовой дисбаланс между конкурирующими сторонами». См.: *Dori Kimel*. Neutrality, Autonomy, and Freedom of Contract // *Oxford Journal of Legal Studies*. 2001. Vol. 21. № 3. P. 478.

¹⁶ «Сохранение в тайне (цены) аукционной заявки осложняет координацию между участниками аукциона, приводит к провалу соблюдение ими условий (тайного) сговора, и потому более привлекательно. Таким образом, тайность (цены аукционных заявок) направлена против сговора между участниками аукциона. С другой стороны (к сожалению), тайность также ведет к сговору между организатором и одним или несколькими участниками аукциона, боязнь такого сговора иногда приводит к уменьшению числа участников». См.: *Paul Klempere*. Bidding markets // *Journal of Competition Law and Economics*. 2007. Vol. 3. № 1. P. 32.

¹⁷ Как отмечается, «важнейшими составляющими нормативных актов оказываются их предупредительные элементы, особенно возможность применения уголовных санкций». См.: *Laura Nyantung Beny*. Do Insider Trading Laws Matter? Some Preliminary Comparative Evidence // *American Law and Economics Review*. 2005. Vol. 7. № 1. P. 174.

ной процедуры вправе требовать от участников предоставления необходимых документов, а в случае возникновения сомнений, касающихся положения таких хозяйствующих субъектов, – обращаться в компетентные органы.

Исполнение договора должно соответствовать соблюдению имеющихся положений об условиях и

охране труда. Нарушение трудовых норм, характеризующее профессиональную деятельность хозяйствующего субъекта, может быть основанием для его исключения из процедуры заключения договора.

Исключать подавших заявки лиц следует на основании информации о судебном решении, имеющем силу *res judicata*.