

РОЗГЛЯД СКАРГ У СФЕРІ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ: ПРОЦЕСУАЛЬНІ НАВИЧКИ ДЛЯ АДМІНІСТРАТИВНИХ ТРИБУНАЛІВ

Посібник з кращих
глобальних практик



Антимонопольний
комітет України



European Bank
for Reconstruction and Development

Зміст

I	Передмова	4
II	Скорочення	6
III	Визначення	7

Розділ 1. Вступ

1.1	Огляд	9
1.2	Оцінка публічних закупівель	9
1.3	Забезпечення виконання	10
1.4	Органи правового захисту	11
1.5	Перешкоди для ефективних процедур щодо перегляду та захисту	11
1.6	Мета посібника	12
1.7	Структура посібника	13

Розділ 2. Процесуальна справедливість та усні слухання

2.1	Огляд	14
2.2	Що таке процесуальна справедливість?	14
2.3	Які права включає процесуальна справедливість?	14
2.4	Висновки	20

Розділ 3. Конфлікт інтересів

3.1	Огляд	22
3.2	Неупередженість та політика конфлікту інтересів	22
3.3	Що таке конфлікт інтересів?	23
3.4	Що таке приватний інтерес?	24
3.5	Упередженість та схильність	28
3.6	Вирішення конфлікту інтересів	29
3.7	Австрійський приклад	32
3.8	Український приклад	32
3.9	Судова практика	32
3.10	Висновки	36

Розділ 4. Докази і процедура

4.1	Огляд	38
4.2	Дослідницька природа перегляду	38
4.3	Роль та природа доказів	38
4.4	Види доказів	39
4.5	Обґрунтованість доказів	42
4.6	Витребування доказів	43
4.7	Розголошення доказів	45
4.8	Вагомість та оцінка доказів	45
4.9	Допустимість доказів	47
4.10	Тягар доказування	47
4.11	Висновки	48

Розділ 5. Захист конфіденційної інформації

5.1	Огляд	50
5.2	Конфіденційна інформація та роль трибуналу	50
5.3	Яка інформація є конфіденційною?	51
5.4	Приклади конфіденційної інформації	54
5.5	Інформація, яка не є конфіденційною	55
5.6	Як відносити інформацію до конфіденційної	56
5.7	Доступ до конфіденційної інформації	56
5.8	Інформаційна безпека	57
5.9	Конфіденційність у сфері публічних закупівель у ЄС	58
5.10	Практичні приклади	62
5.11	Висновки	67

Розділ 6. Підхід до засобів правового захисту

6.1	Огляд	68
6.2	Види правового захисту	69
6.3	Запобіжні заходи	70
6.4	Скасування	74
6.5	Період очікування	78
6.6	Недійсність договору	78
6.7	Відшкодування збитку	81
6.8	Висновки	81

Розділ 7. Дискреція

7.1	Огляд	83
7.2	Що таке дискреція?	83
7.3	Як застосовувати дискрецію?	82
7.4	Кроки, які необхідно вживати, при реалізації дискреції	89
7.5	Дискреція у практичних ситуаціях	90
7.6	Висновки	95

Розділ 8. Написання рішень

8.1	Огляд	98
8.2	Які існують підходи до написання?	98
8.3	Як рішення мають бути структуровані?	99
8.4	Стиль та перегляд	109
8.5	Висновки	113

I Передмова

Створення сприятливої для інвестицій, прозорої та передбачуваної нормативно-правової бази в країнах операцій довгий час є одним з напрямків діяльності Європейського банку реконструкції і розвитку (ЄБРР). ЄБРР спрямовує інвестиції на зміну життя людей та соціального середовища в більш ніж 30 країнах світу, від Південного і Східного Середземномор'я до Східної Європи і до Центральної Азії. Стабільне і надійне правове поле, яке включає ефективну систему вирішення спорів, є однією з найважливіших передумов для довіри інвесторів і створення справедливих економічних умов.


Здійснення правової реформи, унікальної сфери діяльності ЄБРР, провадиться в рамках спеціалізованої Програми правової реформи (ППР). ППР об'єднує команду юристів, що займаються наданням рекомендацій з вироблення політики, кожен з яких спеціалізується в певній галузі права. Заходи ППР націлені на розробку правових норм, формування правових структур і культури, що служить передумовою для динамічно функціонуючої, орієнтованої на ринок економіки.

ППР займається низкою запитань, які є найбільш актуальними для інвестиційних операцій Банку, в яких ЄБРР має практичний досвід. Вони включають такі напрямки, як підвищення ефективності вирішення спорів в судах та інших методів вирішення спорів та поліпшення системи публічних закупівель в країнах регіону ЄБРР. Саме тому нарощування потенціалу для ефективного вирішення питань з комерційного права, включаючи спори, пов'язані з публічними закупівлями, є одним з ключових напрямків діяльності ППР.

Публічні закупівлі являють собою основний вид економічної діяльності урядів, і відсутність прозорої, ефективної і дієвої системи регулювання публічних закупівель - це проблема особливо для країн з перехідною економікою. Щоб вирішити цю проблему, ППР взяла на себе активну роль щодо розвитку компетенції фахівців в даній сфері та сприяння у використанні кращого міжнародного досвіду в країнах з перехідною економікою.

Необхідність розробки даного видання визначається потребою в підвищенні ефективності проваджень з перегляду рішень про державні закупівлі в країнах, де працює ЄБРР, і особливо в підвищенні компетенції публічних органів по перегляду рішень про державні закупівлі. Ідея допомоги зародилася в 2010 році в результаті проведеної ЄБРР регіональної оцінки законодавства про державні закупівлі в 29 країнах, де ЄБРР на той час проводив операції. Результати цієї оцінки виявили численні проблеми, пов'язані, зокрема, з ефективністю і дієвістю процедур перегляду та правового захисту. На основі проведених оцінок був зроблений висновок про те, що, в той час як саме по собі поняття спеціалізованого органу з перегляду рішень у сфері публічних закупівель не є новим для країн регіону ЄБРР, посадові особи і співробітники таких органів не володіють відповідним рівнем знань та навичок, необхідних для діяльності адміністративного трибуналу. Таким чином, нарощування потенціалу органів щодо перегляду представляє собою один з найбільш ефективних способів поліпшення якості систем публічних закупівель.

Основною метою цього посібника є забезпечення посадових осіб і співробітників трибуналів по перегляду рішень у сфері публічних закупівель порадами, напрямком і керівництвом в процесі прийняття рішень в справах щодо перегляду проведення публічних закупівель. Цільову аудиторію даного посібника складають відповідні



посадові особи / співробітники / уповноважені особи органів щодо перегляду рішень у сфері публічних закупівель, організованих у вигляді адміністративних трибуналів, що володіють суттєвим рівнем знань у сфері публічних закупівель, але не пройшли спеціальної судової підготовки. Даний посібник концентрується на процедурних аспектах скарг з питань публічних закупівель, інструментарія процесу, а також основних судових навичках і знаннях, які повинні застосовуватися членами трибуналів в повсякденній роботі. Посібник надає загальні поради, практичні приклади і рекомендації, а також містить конкретні приклади практики з метою демонстрації ключових моментів і наявного досвіду. Крім того, в посібнику розглядаються факти і докази, на які повинні звертати увагу члени трибуналів по перегляду, а також описуються права та обов'язки трибуналу і учасників розгляду. Звісно ж, що посібник допоможе офіційним представникам трибуналів краще зрозуміти принцип процедурної справедливості і інші основні принципи проваджень з перегляду рішень у сфері публічних закупівель.

Посібник складено на основі стандартів перегляду рішень про публічні закупівлі, закріплених в Типовому законі UNCITRAL про державні закупівлі та Директиві ЄС про засоби юридичного захисту, а також кращого досвіду квазі-судових і судових органів різних країн, включаючи європейські країни та країни загального права, як наприклад Австралія, Нова Зеландія, Канада і США. Хоча практика квазі-судових і судових органів в країнах загального права може здатися відмінною від практики органів в країнах романо-германського права, в силу різних правових систем, проте, базові та основоположні принципи адміністративних процедур та навички, які повинні застосовувати посадові особи в процесі прийняття рішень, є релевантними. Ці навички, підходи до процесу прийняття рішень і принципи, що застосовуються в адміністративних процедурах, в більшості своїй, є загальними для обох правових систем. Ми рекомендуємо відповідним офіційним особам вивчити зміст цього посібника і застосовувати підходи, процеси, методи і пояснення, запропоновані в ньому, при здійсненні проваджень з перегляду рішень про публічні закупівлі.

Цей посібник було підготовлено в рамках проектів технічної допомоги ППР з нарощування потенціалу, які проводилися для ЄБРР юридичною фірмою White & Case, Братислава, Словаччина, при співробітництві Федерального агентства з публічних закупівель Австрії та Національної палати апеляції Польщі. Створення посібника було профінансовано Фондом технічного співробітництва ЄБРР Словачької Республіки.

II Скорочення

СЕ	Conformité Européenne [відповідність]
РЕ	Рада Європи
ОРОЗ	Окружна рада з охорони здоров'я
ЄБРР	Європейський банк реконструкції і розвитку
ЕК	Європейська комісія
ЄКПЛ	Європейська конвенція з прав людини
СЕС	Суд Європейського Союзу / Європейський Суд Справедливості
ЄСЗЮ	Європейський трибунал загальної юрисдикції
ЄС	Європейський Союз
УПЗ	Угода про публічні закупівлі
ППР	Програма правової реформи ЄБРР
ВПЗ	Відділ правової реформи
МО	міністерство оборони
ОЕСР	Організація економічного співробітництва та розвитку
ПСС	Регіон Південного і Східного Середземномор'я
США	Сполучені Штати Америки



III Визначення

Адміністративний суди

Суди, створені державою.

Орган

Орган сфери публічного права, що заснований для конкретної мети задоволення загальних потреб, непромислового або некомерційного характеру; має юридичну відповідальність; і фінансується, головним чином, державою, регіональними або місцевими органами влади або іншими органами, визначеними нормами публічного права.

Комерційна таємниця

Включає технічну інформацію та експлуатаційні дані, які невідомі громадськості, здатні принести економічну вигоду власнику прав, мають практичне застосування, і по відношенню до яких власник вжив заходи, щоб зберегти їх у секреті.

Концесії

Контракти, де винагородою за роботи або послуги, які повинні бути виконані, є право на експлуатацію даної роботи або послуги, або право на експлуатацію разом з певним платежем.

Конфлікт інтересів - реальний

Конфлікт між суспільним обов'язком і приватними інтересами державної посадової особи, при якому приватні інтереси державної посадової особи можуть неправомірним чином вплинути на виконання нею посадових обов'язків і зобов'язань.

Конфлікт інтересів - уявний

Має місце, коли приватні інтереси державної посадової особи можуть неправомірним чином вплинути на виконання його обов'язків, але насправді це не так.

Конфлікт інтересів - потенційний

Має місце, коли державна посадова особа має приватні інтереси, при яких може виникнути конфлікт інтересів, якщо посадова особа буде надалі виконувати відповідні (тобто конфліктуючі) службові обов'язки.

Замовник

Держава, регіональні або місцеві органи влади, органи, діяльність яких регулюється нормами публічного права, асоціації та інші організації, створені одним або кількома такими органами влади, діяльність яких регулюється нормами публічного права.

Право на розсуд

Право діяти в ряді обставин в певних рамках і принципах на основі свого судження і совісті.

Електронні закупівлі

Використання інформаційних технологій (особливо, інтернету) замовниками у регулюванні своїх відносин з постачальниками з метою придбання робіт, товарів і консультативних послуг, необхідних для публічного сектора.



Запобіжні заходи

Коли трибунал отримує заяву, він може постановити, що замовник повинен тимчасово вжити певних заходів, поки справа розглядається.

Тимчасове розпорядження

Розпорядження, видане в очікуванні подальших вказівок.

Юридична обґрунтованість

Якість пропонуванних доказів, доказова цінність яких переважає їх преюдиціальний ефект.

Логічна обґрунтованість

Взаємозв'язок між пропонуваними доказами і фактом, що становить сутність спору, який показує, що дані докази роблять проблему публічною.

Процесуальна справедливість

Право сторони на судовий розгляд і висловлення аргументів під час провадження.

Економічність процесу

Діяльність, дії та операції, які пов'язані з виробництвом та продажем товарів і послуг, які впливають на виробництво та розвиток матеріальних благ, а також і на управління ними.

Державні закупівлі

Процес придбання товарів, послуг і робіт організаціями державного сектора у третіх сторін.

Перегляд у зв'язку з державним закупкам

Процедури, розроблені з метою гарантування ефективних засобів захисту, при розгляді скарг у сфері публічних закупівель.

Маніпулювання державою

Зусилля фірми щодо формування законів, політики, і норм права держави в своїх інтересах, шляхом надання незаконної особистої вигоди державним посадовим особам.

Трибунал

Орган поза ієрархією судів з адміністративними або судовими функціями.

Член трибуналу

Член адміністративного органу, відповідальний за обробку скарг щодо публічних закупівель і за застосування засобів правового захисту.

Комунальні підприємства

Комунальне підприємство є об'єктом, який забезпечує щоденні потреби населення в цілому. Комунальні підприємства забезпечують водою, електрикою, природним газом, послугами телефонного зв'язку та іншими необхідними складовими, і можуть знаходитися в громадській або приватній власності.



1.1 Огляд

Протягом років Відділ правової реформи (ВПР) ЄБРР проводив діяльність з нарощування потенціалу учасників для ефективного вирішення питань комерційного права в країнах операцій ЄБРР. Банк продовжує цю діяльність за допомогою Програми правової реформи (ППР). ППР взяла на себе активну роль у розвитку накопиченого потенціалу, а також у просуванні використання нових методів і технічних прийомів правової реформи з метою обміну кращим міжнародним досвідом і вимогами міжнародних інвесторів в країнах з перехідною економікою.

Однією з основних цілей ВПР - цільового підрозділу банку з питань реформи комерційного права є надання допомоги країнам операцій Банку в ефективному переході до ринкової економіки. ППР, за допомогою своїх ініціатив, досягає цієї мети шляхом поліпшення кон'юнктури ринку в країнах операцій Банку. Однією з цілей ППР є нарощування потенціалу учасників для ефективного вирішення питань комерційного права. Обґрунтуванням цієї мети є те, що передбачуване, прозоре та ефективне вирішення торговельних суперечок має вирішальне значення для зміцнення демократії, розвитку ринкової економіки, створення сприятливого інвестиційного клімату та сприяння економічному розвитку та зростанню, що є керівними принципами соціального і економічного переходу.

Так як правова база публічних закупівель регулює взаємодію між покупцями державного сектора і ринком, то правова база публічних закупівель також повинна визначати, як купівельна спроможність уряду реалізується серед підприємств приватного та державного сектора, а також підприємств третього сектора. Оскільки державні закупівлі є основним видом економічної діяльності для всіх урядів, регулювання публічних закупівель є важливим доповненням до законодавства про державне фінансування, і найважливішим компонентом комерційного права країни.



У деяких випадках суперечки комерційного характеру не розглядаються судами, а розглядаються спеціалізованими установами. Так відбувається, коли спеціалізовані трибунали щодо перегляду або органи з перегляду створюються для розгляду скарг та прийняття рішень, щодо проведення публічних закупівель.

Проте, залишається під питанням ефективність і потенціал трибуналів щодо публічних закупівель і органів щодо перегляду в країнах з перехідною економікою, сумніви щодо їх діяльності виникають у ряду спостерігачів. Даний посібник покликаний стимулювати членів трибуналів з публічних закупівель і органів щодо перегляду в країнах з перехідною економікою до аналізу ефективності розгляду скарг, пов'язаних з публічними закупівлями і оцінки потенціалу проведення і виконання національних процедур щодо перегляду і правового захисту.

1.2 Оцінка публічних закупівель

У 2010 році Банк провів свою першу оцінку сектора публічних закупівель в країнах його операцій. Після продовження мандата Банку в 2012 році, ЄБРР завершив другу оцінку законодавства про державні закупівлі в 4 країнах його операцій в регіоні Південного і Східного Середземномор'я. Результати обох оцінок виявили численні проблеми у процесах проведення публічних закупівель, і зокрема процедур щодо перегляду та правового захисту.

Обидві оцінки проводилися під керівництвом Відділу правової реформи і надані як частина глобальної програми правової реформи. Крім того, обидві оцінки були спрямовані на створення комплексного еталона сектора публічних закупівель на основі огляду екстенсивності національного законодавства про державні закупівлі («закон на папері»), в поєднанні з дослідженням ефективності локальної практики проведення публічних закупівель («закон на практиці»). В огляді «закону на папері» і дослідження «закону на практиці» була включена оцінка ефективності правового регулювання процесів публічних закупівель та дієвості процедур щодо перегляду і правового захисту.

Ця оцінка була проведена для виявлення елементів законодавства та існуючої практики, що знижують ефективність публічних закупівель, а також включала в себе правовий аналіз типових прикладів щодо перегляду та правового захисту в результаті неправомірної поведінки замовника.

1.3 Забезпечення дотримання

У сфері публічних закупівель, уряд реалізує свою купівельну спроможність за допомогою своїх постачальників і підрядників. У країнах з перехідною економікою уряд часто є найбільшим покупцем на місцевому ринку. Відповідно, динаміка влади в процесі здійснення публічних закупівель, по суті своїй, нерівномірна. Для усунення цього дисбалансу, закони про публічні закупівлі повинні бути досить простими і легко дотримуватися. Отже, важливо, щоб надійно функціонуючі процедури перегляду і правового захисту були ключовим фактором ефективної системи публічних закупівель, яка забезпечує:

- Співвідношення ціни та якості для державного замовлення
- Відповідність вимогам закону в рішенні щодо закупівлі товарів
- Довіру до прийняття рішень
- Неспотворений ринок

Правозастосування у сфері публічних закупівель, як визначено в «Основних принципах ЄБРР», має два основні параметри, а саме:

- Оцінка відповідності правилам публічних закупівель. Це включає перегляд, моніторинг і аудит роботи системи на практиці.
- Застосування необхідних коригуючих заходів для виправлення становища.

Історично уряди вирішували проблему правозастосування у сфері публічних закупівель за допомогою загального фіскального управління, що включає процедури контролю та аудиту. У випадках, коли серйозні помилки в роботі виконавця щодо закупівель бюджетної організації були виявлені, постфактум, за допомогою аудиту, законодавство дозволяє потерпілому підряднику заявити вимогу про відшкодування збитків в цивільний суд. Раніше не було процедур правозастосування, доступних для вирішення проблем, на стадії реалізації закупівель.

Останнім часом уряди все активніше використовують коригувальні заходи перед підписанням публічних контрактів. Політики визнають переваги, які можуть бути отримані в умовах чесної конкуренції і при забезпеченні співвідношення «ціни та якості». ВПП за допомогою ППР підтримує ці зусилля і переконаний, що наявність механізму правозастосування, включаючи надійні правозахисні заходи, мають бути центральним елементом кожної системи публічних закупівель.

1.4 Органи правового захисту

Поняття засобів правового захисту відноситься до правових заходів, які можуть усунути передбачувані недоліки або порушення в процесі публічних закупівель, на стадії їх реалізації. Засоби правового захисту забезпечують цілісність публічних тендерів, яку необхідно зберігати, їх слід відрізнити від компенсації. Компенсація має місце там, де порушення в процесі публічних закупівель не усувається, і при завершенні тендерного процесу винагороду присуджується потерпій стороні, замість усунення порушення в процесі проведення тендеру. Останнім часом, компенсації розглядаються скоріше як засіб останньої інстанції та визнання того, що система публічних закупівель не працює правильно. З точки зору постачальників, такі кошти часто розглядаються як субоптимальні, так як присуджуються суми компенсацій, як правило, досить скромні, в порівнянні з сумами більшості публічних контрактів.

Таким чином, вітається система засобів правового захисту, яка пропонує можливість припинення або призупинення процесу закупівель, але така система є вартісною. Національні регулюючі органи повинні брати це до уваги, так як будь-який перегляд в сфері публічних закупівель та прийняття певних заходів щодо виправлення ситуації, може уповільнити процес закупівель і, як наслідок, підвищити адміністративне навантаження. Іншими словами, якщо обставини, в яких доступні засоби правового захисту, розглядаються занадто широко, «ціна питання» може не коштувати того. Незначне порушення правил публічних закупівель, можливо, не заслуговують переривання або відміни процесу проведення закупівлі. У таких випадках система перегляду правового захисту стане неефективною, відкритою для зловживань і, як наслідок, підвернеться серйозній критиці. І навпаки, якщо доступ до засобів по перегляду і правового захисту вузько обмежений, і серйозне недотримання веде лише до можливої компенсації, довіру до такої системи засобів правового захисту буде під питанням, і задоволеність користувачів буде знижуватися. Отже, завданням для урядів є пошук балансу між створенням дієвих засобів правового захисту та ефективності, отриманої завдяки безперервному процесу.

1.5 Перешкоди на шляху ефективних процедур щодо перегляду та правового захисту

Хоча обидві оцінки показали підтримку фундаментальних вимог по процедурам перегляду і правового захисту проведення публічних закупівель в регіонах ЄБРР і Південного і Східного Середземномор'я, детальний аналіз, виконаний ВПП, виявив кілька проблемних областей функціонування органів правового захисту в обох перехідних регіонах. Наприклад, аналіз показав, що якість, ефективність та дієвість процедур перегляду та правового захисту є суттєвою проблемою в багатьох країнах операцій Банку. Крім того, сумнівна неупередженість деяких органів правового захисту в обох регіонах, і, як наслідок, знаходиться під питанням. Ще однією проблемою, виявленою в обох оцінках, є те, що закуповують компанії, в цілому, знаходяться в більш вигідних умовах при розгляді скарг, ніж постачальники приватного сектора. Це очевидно при аналізі процесу прийняття рішень, і, зокрема, рішень щодо перегляду проведення публічних закупівель.

На основі обох оцінок був зроблений висновок про те, що члени трибуналів щодо перегляду у сфері публічних закупівель не володіють необхідним рівнем ключових знань і навичок судочинства для ефективного приведення діяльності трибуналів у відповідність до міжнародних стандартів. Ще один отриманий висновок - більшість посадових осіб недостатньо незалежно і об'єктивно оцінюють суперечки між замовниками та постачальниками приватного сектора. Крім того, обидві оцінки також виявили докази прямого втручання «зверху» з боку урядових адміністрацій. Це нездорове втручання негативно відбивається на правильному функціонуванні процесу прийняття рішень, який має вирішальне значення для справедливого виконання своїх обов'язків органами щодо перегляду і правового захисту.

1.6 Мета Посібника

Мета цього посібника є забезпечення членів трибуналів щодо перегляду в сфері публічних закупівель загальним керівництвом і орієнтиром для прийняття рішень при розгляді справ та винесенні остаточного вердикту. У посібнику розглянуті різні процесуальні етапи трибуналу щодо перегляду та засоби судочинства, а також представлені ключові визначення та практика судочинства, які судді, уповноважені та контролери повинні застосовувати в своїй повсякденній роботі.

У посібнику наводяться загальні поради, практичні приклади і рекомендації, а також розглядаються конкретні випадки судової практики, які можуть допомогти посадовим особам в більш глибокому розумінні основних принципів судочинства при перегляді справ. Крім того, посібник визначає факти і докази, на які посадовим особам трибуналів слід звертати увагу, а також визначає права та обов'язки трибуналу і учасників процесу.



Посібник складено на основі передового досвіду квазісудових і судових органів в різних країнах, включаючи європейські країни, а також в країнах загального права, зокрема, Австралії, Нової Зеландії, Канаді та Сполучених Штатах Америки (США). Незважаючи на те, що практика квазісудових і судових органів країн загального права може істотно відрізнятися від практики зазначених органів в країнах романо-германського права, в силу відмінностей їх правових систем, базові і основні принципи адміністративного процесу, а також навички, які повинні застосовувати особи, які приймають рішення, є релевантними. Такі навички, підходи до процесу прийняття рішень і принципи, що застосовуються в адміністративному процесі, в більшості своїй, є загальними для обох правових систем.

Суддям, уповноваженим та контролерам рекомендовано вивчити посібник і застосовувати підходи, процеси, методи і пояснення, запропоновані в ньому в ході проваджень з перегляду. Проте, поради та рекомендації, викладені в посібнику, не є єдино можливими рішеннями, тому судді, уповноважені і контролери повинні спиратися на власну думку, знання, здоровий глузд і досвід при прийнятті рішень у справах трибуналу.

1.7 Структура Посібника

У посібнику представлено 8 розділів.

Даний розділ служить введенням і готує підґрунтя для подальшого розгляду.

Розділ 2 розглядає основні принципи процесуальної справедливості і проведення усних слухань, а також описує правила процесуальної справедливості і їх застосування в справах щодо перегляду.

Розділ 3 висвітлює питання, пов'язані з типами конфліктів інтересів, які можуть виникати у членів трибуналу, і пропонує способи і дії щодо їх уникнення або врегулювання. Представлені кілька прикладів судової практики, які забезпечують практичне розуміння вирішення питань, пов'язаних з конфліктом інтересів.

Розділ 4 розглядає види доказів, які трибунал може використовувати на практиці, і описує процедури і методи отримання доказів. В тому числі, в розділі висвітлені питання щодо тягарю доведення, оцінки доказів, допустимості доказів та вагомості доказів.

Розділ 5 аналізує захист конфіденційної інформації та методи, використовувані для визначення інформації як конфіденційної та, зокрема, демонструє застосування тесту на конфіденційність. У главі розглядаються типи конфіденційною і не конфіденційної інформації, доступ і безпека такої інформації. Декілька прикладів з практики ілюструють застосування тесту на конфіденційність для ряду практичних сценаріїв проведення публічних закупівель.

Розділ 6 концентрується на засобах правового захисту, які доступні для членів трибуналів. Описуються призначення окремих засобів правового захисту і ситуації, в яких конкретні засоби правового захисту застосовуються.

Розділ 7 розглядає ситуації, в яких члени трибуналу можуть застосовувати дискреція. У ній також описані чинники, які необхідно враховувати, і основні кроки, які необхідно зробити, при застосуванні права розсуду.

Нарешті, **розділ 8** представляє кілька підходів до складання рішень. Розглядаються структура рішення, використання заголовків, стилі написання і методи перегляду проектів рішень.



Процесуальна справедливість та усні слухання

2.1 Огляд

Застосування процесуальної справедливості повинно мати першорядне значення для всіх членів трибуналу при виконанні ними своїх обов'язків. Принципи процесуальної справедливості забезпечують всім сторонам в ході провадження з перегляду реальну можливість переконати членів трибуналу в своїй позиції і забезпечити бажаний ними результат щодо розглянутого питання. Таким чином, застосування принципів процесуальної справедливості є основою, на якій всі трибунали щодо перегляду в сфері публічних закупівель повинні базуватися при реалізації своєї діяльності. У цьому розділі йдеться про принципи процесуальної справедливості та їх конкретному застосуванні в ході проваджень з перегляду. Розділ починається з визначення та характеристики процесуальної справедливості, наведення та дослідження основних категорій прав на процесуальну справедливість і, звичайно ж, проведення усних слухань. Кожна з цих основних категорій прав розглядається детально з приведенням сценаріїв, щоб закріпити поняття процесуальної справедливості в контексті провадження з перегляду в системі публічних закупівель. У широкому сенсі, процедури закупівель мають одну мету - укладення контракту. Процедури закупівель є передконтрактними процесами, що розуміються як «цивільні права і обов'язки» відповідно до статті 6 Європейської конвенції про захист прав людини (ЄКПЛ).^{1,2} ЄКПЛ є частиною правової бази регулювання спорів щодо процедур закупівель. ЄКПЛ, в загальних рисах, розглядається в цьому розділі в контексті поняття процесуальної справедливості і проведення усних слухань, а також конкретних визначень, щодо прав, передбачених процесуальної справедливостю.

2.2 Що таке процесуальна справедливість?

Процесуальну справедливість (або право на справедливий розгляд справи) можна визначити, як право сторони процесу бути почутою і заявляти свої аргументи в ході провадження з перегляду. Принципи процесуальної справедливості в ході провадження з перегляду повинні гарантувати, щоб і заявник, і замовник мали реальні і рівні можливості впливати на трибунал.

Трибунал - це адміністративний орган, що має забезпечити справедливий розгляд справи. У зв'язку з тим, що трибунал приймає рішення щодо прав і обов'язків сторін процесу перегляду, важливим є визнання того, що члени трибуналу виконують квазісудову роль, внаслідок чого члени трибуналу повинні бачити в собі, перш за все незалежних осіб, які приймають рішення, а не просто осіб, які виконують офіційні обов'язки щодо перегляду публічних закупівель. Стаття 6 ЄКПЛ вимагає від трибуналу бути незалежним, неупередженим та таким, що встановлений законом. Це визначає відповідну позицію трибуналу і ставлення до трибуналу і його членів.

2.3 Які права включає процесуальна справедливість?

ЄКПЛ та практика її застосування вважаються основними стандартами процесуальних прав учасників судового розгляду. Стаття 6 ЄКПЛ передбачає, що «Кожен має право на справедливий і публічний розгляд його справи упродовж розумного строку незалежним і безстороннім судом, створеним на підставі закону».³

¹ Рішення Європейського суду від 14 лютого 2008, *Varec (C-450/06, ECR 2008, стор. I-581)* параграф 44 ff.

² Частина 2 параграф 8 «Директиви засобів правового захисту», частина 2 параграф 9 «Директиви засобів правового захисту комунальних підприємств» та частина 56 параграф 9 «Директиви захисту» передбачають можливість судового перегляду або суду або трибуналу, в значенні статті 267 ДФЕС

³ На підставі прецедентного права із застосування ЄКПЛ, адміністративне провадження надає під дію статті 6

Прецедентне право, що відноситься до Статті 6 ЄКПЛ, визначає процесуальну справедливість, як сукупність наступних прав:

- Право на публічне слухання. Це включає в себе право на усне слухання, за умови відсутності будь-яких виняткових обставин.
- Право на судовий розгляд упродовж розумного строку.
- Право на судовий розгляд незалежним і безстороннім судом.
- Право на справедливий суд. Це включає в себе: право на доступ до суду, право бути присутнім на судовому розгляді, право на принцип рівності, право на змагальний процес і право на мотивоване судові рішення.⁴

Наступні 11 підрозділів окремо розглядають ці права процесуальної справедливості.

2.3.1 Право на судовий розгляд - усне слухання

Крім того, що трибунал повинен дотримуватися правила справедливості по відношенню до заявника, він також повинен забезпечити адекватні можливості представляти свою позицію замовнику та іншим особам, на права та інтереси яких може вплинути його рішення, наприклад, учаснику тендера, який представив найкращу тендерну пропозицію. Це включає право давати, як усні, так і письмові свідчення під час усного слухання.

У контексті здійснення публічних закупівель, слухання складається, як правило, з подачі заявником письмових матеріалів трибуналу та замовнику. Після отримання скарги, замовник зобов'язаний надати трибуналу свої пояснення, звернувшись до суб'єкта оскарження. Крім того, замовник повинен представити матеріали справи за процедурою закупівлі трибуналу. Письмовий розгляд надає заявнику право отримувати і коментувати відповіді замовника на його скаргу протягом певного періоду часу. Те ж саме право поширюється на інших учасників процедури. Наприклад, учасник тендера, визначений переможцем процедури закупівлі, вже має позицію, захищену правом.

Багато трибунали з публічних закупівель не надають заявнику право отримувати і коментувати заяву замовника. Це відбувається, головним чином, за рахунок економічності процесу і значущості своєчасності в процесі закупівель. Однак, деякі держави - наприклад Австрія і Німеччина - передбачають усні судові засідання, що дозволяють заявнику оскаржувати всі пояснення, надані замовником. Проведення публічних слухань у вищій інстанції може пом'якшити відсутність публічних слухань перед трибуналом. Усні слухання надають більше можливостей обом учасникам процесу висловитись щодо позиції іншої сторони. Відповідно до статті 6 ЄКПЛ, усні слухання є обов'язковими, за відсутності виняткових обставин. До цих виняткових обставин належать:

- Трибунал ухвалює рішення в першій і останній інстанції. Трибунал ухвалює рішення тільки з правових питань без будь-яких складнощів, або з технічних питань без будь-яких складнощів.
- У другій інстанції може усне слухання не здійснюватися, якщо факти є зрозумілими, і усне слухання вже мало місце в першій інстанції.
- Сторони не вимагають усного слухання, будучи повністю обізнаними про свої права.
- Трибунал відмовляє в прийнятті заяви, тому що воно не відповідає формальним вимогам, які не можна виправити. Наприклад, заява була подана з порушенням строків.
- Рішення є процедурним. Наприклад, справа вимагає призначення експерта.

Усне слухання повинно бути відкритим для громадськості. Публічне слухання є важливим елементом права на справедливий судовий розгляд. Громадськість може не допускатися на слухання тільки з міркувань моралі, громадського порядку або національної безпеки, якщо це потрібно в інтересах неповнолітніх або

⁴ Рішення Європейського суду від 14 лютого 2008, *Vares (C-450/06, ECR 2008, стор. I-581) параграф 44 ff.*

для захисту особистого життя сторін, на їх вимогу, або ж у випадках, коли, на думку суду, це необхідно, при наявності виняткових обставин, де публічність розгляду може зашкодити інтересам правосуддя.

2.3.2 Право бути поінформованим

Кожна сторона має право бути поінформованою щодо запланованого розгляду і самого розвитку процесу, щоб мати можливість адекватно підготувати свої аргументи або отримати доступ до документів, щоб ознайомитися з поясненнями з іншого боку. Для підготовки до усної слухання сторони можуть копіювати частини матеріалів у справі, або ж трибунал надає сторонам частини матеріалів справи. Трибунал може не пропонувати сторонам ознайомитись з матеріалами справи. Сторони повинні мати право ознайомитися з матеріалами справи завчасно, до початку усного слухання, що дасть час та можливість підготуватися до усного слухання.

Скаржнику має бути дозволено коментувати і давати пояснення за заявами замовника, які можуть включати нову інформацію або докази. Це ж саме право має застосовуватися до всіх сторін процедури перегляду для того, щоб кожна зі сторін могла ефективно захищати свої права. Право на доступ до інформації буде дотримано, якщо трибунал:

- Проводить усне слухання в присутності всіх сторін, які зацікавлені в результаті перегляду
- Проводить усне слухання, як мінімум, в присутності заявника та замовника
- Надає обом сторонам доступ до матеріалів справи, що перебуває у провадженні трибуналу

У разі проведення усного слухання, заявник і замовник мають рівні права бути присутнім на всіх засіданнях для того, щоб відповідати на всі докази і доводи, наведені іншою стороною. Трибунал може закінчити процедуру перегляду після усного слухання, якщо його результат (-и) припускають, що більше не буде ніяких нових аргументів або доказів.

2.3.3 Право бути представленим

Заявник і замовник мають право самі представляти свою справу в ході провадження, або щоб їх справу представляв адвокат або інший представник, на їх розсуд. Однак, визначення, хто має право бути представником, є предметом національного законодавства. Трибунал може не обмежувати право сторін бути представленими, за винятком випадків, передбачених законодавством. Обов'язок представлення справи законним представником може бути обмеженням, але таке обмеження виправдане у складних справах. В цілому, публічні закупівлі зазвичай оперують значними сумами грошей та ресурсами, а тому часто потребують вирішення складних правових питань. Таким чином, цілком можливо, що буде потрібно представлення справи радниками з правових питань.



2.3.4 Право представляти і оскаржувати докази

Метою забезпечення права подавати докази є встановлення фактів у справі. Тільки після встановлення всіх фактів можна визначити, як застосовувати до них законодавство. Праву подавати докази кореспондує обов'язок трибуналу мати відповідний механізм, який може використовувати учасник процесу для того, щоб вимагати від осіб, що володіють необхідною інформацією, представити її стороні або трибуналу.⁵ Це відображає принцип, згідно з яким сторона, яка «володіє» доказами зобов'язана представити їх трибуналу і за необхідності підтвердити факти у справі.

Сторони мають право представляти будь-які докази, які можуть довести їх позицію. Трибунал повинен належним чином оцінювати докази, представлені сторонами, і вирішувати, чи можуть вони допомогти у встановленні основних фактів, або чи необхідно подати додаткові докази.

Кожна сторона має право оспорювати докази, надані іншою стороною, і таким чином, реагувати на докази, які є невідгідними для її скарги. В ході провадження замовник отримує скаргу, у зв'язку з чим, у нього виникає обґрунтоване розуміння доводів заявника, і він може відповідним чином оскаржувати позицію заявника. З іншого боку, заявнику надається тільки тендерна документація або рішення замовника, яке служить основою його скарги. Проте, в той час як замовник може представляти нові докази у відповідь на скаргу, заявник позбавлений свого повного права оскаржувати докази замовника, якщо тільки він не має права відповідати на ці доводи та вимагати подання всіх доказів. Законодавство про публічні закупівлі деяких держав-членів ЄС обмежують право заявника оскаржувати відповідь замовника. Таке обмеження може суперечити статті 6 ЄКПЛ.

2.3.5 Право на мотивоване судове рішення

Всі сторони мають право на отримання інформації про підстави прийняття трибуналом рішення. Для наведення таких підстав потрібне підведення підсумків розслідування, доводів, що визначають оцінку доказів, і позицій з приводу правових питань, які мали значення для прийняття рішення.

Таким чином, трибунал зобов'язаний засновувати своє рішення виключно на фактах, які були підтверджені доказами, представленими сторонами, або витребуваними трибуналом, або наявними у відкритому доступі. Наприклад, застосовні нормативно-правові акти, технічні норми, ринкові практики, інформація, доступна в електронному вигляді в інтернеті, основна інформація щодо конкретної галузі промисловості і т.д. Чинне законодавство повинно бути тлумачитись недвозначно, і факти повинні бути оцінені відповідно до правових положень з метою обґрунтування висновків трибуналу. Сторони повинні мати можливість зрозуміти, на якій підставі трибунал ухвалив відповідне рішення. У правовій літературі зазначається, що добре вмотивоване рішення зводить до мінімуму ймовірність оскарження рішення у вищій інстанції.

⁵ *A Manual for Ontario Adjudicators, Society for Ontario Adjudicators and Regulators, 2000, p. 46*

2.3.6 Право на застосовуване законодавство

Члени трибуналу повинні дотримуватися чинного законодавства і застосовувати його при розгляді будь-якої справи. Це основний обов'язок членів трибуналу. Трибунал зобов'язаний застосовувати закон, відповідно до основних принципів публічних закупівель, які включають в себе:

- Рівне ставлення до учасників тендеру
- Відсутність дискримінації по відношенню до учасників тендеру
- Прозорість процедури закупівель
- Ефективність і економія здійснення закупівель

Крім того, процедури перегляду повинні бути швидкими, ефективними і адекватними. Трибунал також повинен брати до уваги загальний принцип проведення закупівель, який спрямований на правильний баланс «ціни і якості», найбільш вигідним чином для публічних витрат, а також на підтримку відкритої та ефективної конкуренції, підзвітності та належної правової процедури.

Однак, трибунал не може розпочати процедуру перегляду, якщо не було сплачено необхідний збір, або подані документи є неповними, або інший технічний недолік скарги не дозволяє трибуналу це зробити. Передовий досвід деяких держав надає заявнику право бути поінформованим трибуналом про подібні недоліки, і можливість виправити ці недоліки протягом конкретного періоду часу.⁶ З причини того, що час на надання позову обмежений, не всі недоліки можуть бути усунені. Заявники повинні бути забезпечені правом на рішення у всіх випадках, як по суті справи, так і з формальними питань.

Якщо трибунал оголошує скаргу неприйнятною в силу недотримання формальних вимог, трибунал зобов'язаний надати своє рішення заявнику та надати йому право подати апеляцію на таке рішення. У той же час трибунал зобов'язаний надати рішення замовнику та усім іншим сторонам перегляду для того, щоб продовжити процедуру укладення договору.

Інші правила застосовуються, якщо позов не відповідає основним правовим вимогам. Наприклад, якщо скарга була подана після закінчення звітного періоду, або заявник не мав право подати скаргу. У таких випадках трибунал має право відхилити скаргу як неприйнятну.

2.3.7 Право на рівне ставлення

Стаття 14 ЄКПЛ передбачає рівне ставлення до обох сторін. Європейський трибунал з прав людини надає сторонам захист від дискримінації в тих випадках, коли держави по-різному ставляться до осіб в аналогічних ситуаціях без об'єктивного і справедливого обґрунтування. Проте, право на відсутність дискримінації, передбачене Статтею 14 ЄКПЛ, при здійсненні прав, гарантованих ЄКПЛ, також порушується, коли держави без об'єктивного та справедливого обґрунтування не ставляться по-різному до осіб, чії ситуації суттєво відрізняються.⁷

При цьому, трибунал повинен не тільки рівним чином ставитися до осіб у тих випадках, коли сутність аргументації у справі схожа, або для того, щоб надати обом сторонам процесу перегляду рівні права, але і розрізняти тих осіб, ситуації яких значним чином відрізняються.

⁶ Наприклад Австрія.

⁷ Справа Європейського суду з прав людини - *Thlimmenos v. Greece*, *Udgments of 6 April 2000*, para. 44.

Приклад

Два учасники тендеру оскаржують одне й те ж рішення замовника по одній й ті ж самі процедурі закупівель незалежно один від одного. Трибуналу необхідно оцінити ситуацію кожного позивача окремо, на підставі поданих доказів і позиції позивача. Так відбувається тому, що перший позивач, можливо, вже подав відповідну скаргу і має всі шанси виграти цю справу. У той час як другий позивач, очевидно, навіть не подав тендерну пропозицію. Таким чином, ці справи повинні бути оцінені по-різному.

2.3.8 Право на судовий розгляд незалежним та безстороннім органом з перегляду

Кожна сторона має право на судовий розгляд незалежним і безстороннім трибуналом, яким може бути суд. Суди вважаються незалежними та безсторонніми. Якщо орган з перегляду у сфері публічних закупівель це не суд, то він повинен відповідати всім вимогам незалежності та безсторонності. Трибунал вважається незалежним, якщо ніхто не може вказати йому як вирішувати справу, а члени трибуналу самі приймають рішення у справі, відповідно до їхнього власного переконання. Однак, трибунал не є неупередженим, якщо його члени мають особисту зацікавленість у справі, що розглядається або мають уподобання по відношенню до однієї зі сторін.

У таких випадках в організаційному статуті трибуналу має бути передбачено, що зацікавлена особа (особи) не повинно (і) брати участь в процедурі та прийнятті рішення.

Трибунал має відповідати тесту ЄКПЛ на незалежність трибуналу, який приймає до уваги наступне:

- Порядок призначення його членів
- Тривалість перебування їх на посаді
- Наявність гарантій проти зовнішнього тиску
- Чи створює трибунал зовнішнє враження незалежного органу⁸

Трибунал не є незалежним, якщо уряд є стороною розгляду, і представник уряду є керівником доповідача у трибуналі.⁹ Призначення самою адміністрацією не порушує Статтю 6 ЄКПЛ.¹⁰ Однак, Стаття 6 ЄКПЛ порушується, якщо призначення має на меті вплинути на результати розгляду скарги.¹¹

Члени трибуналу повинні призначатися на певний термін або довічно. Якщо члени призначаються строком на шість років, то вони розглядаються як достатньо незалежні.¹² Рішення трибуналу повинні бути обов'язковими, і можуть бути змінені або скасовані судовими органами.¹³ Наставови є прийнятними за умови, що вони не є інструкціями щодо вирішення певних категорій справ.¹⁴

⁸ *The Right to a Fair Trial; A Guide to the Implementation of Article 6 of the European Convention on Human Rights*, in Nuala Mole, Catharina Harby, *Human Rights Handbook No. 3*, 2006, p. 30.

⁹ *Справа Європейського суду з прав людини - Sramek v. Austria, Judgment of 22 October 1984.*

¹⁰ *Справа Європейського суду з прав людини - Campbell and Fell v. the UK, Judgment of 28 June 1984, para. 79.*

¹¹ *Commission - Zand v. Austria, Decision of 16 May 1977, 15 DR 70, para. 77.*

¹² *Справа Європейського суду з прав людини - Le Compte, Van Leuven and De Meyere v. Belgium, 23 June 1981*

¹³ *Commission - Van de Hurk v. the Netherlands, judgement of 8 April 1994 and Findlay v. the United Kingdom, judgement of 25 February 1997, para. 77.*

¹⁴ *Commission - Campbell and Fell v. the United Kingdom, 28 June 1984, para. 79; Sovtransavto Holdings v. Ukraine, judgement of 25 July 2002.*

2.3.9 Право на суд, заснований законом

Сторони мають право на доступ до трибуналу, встановленим законом. Таким чином, спеціальний трибунал або арбітражний суд, де члени призначаються за згодою сторін, не відповідає статті 6 ЄКПЛ. Поняття «встановлений законом» включає в себе, як створення самого трибуналу, так і призначення його членів. Якщо це передбачено законодавством, сторони можуть заздалегідь визначати, який трибунал буде вирішувати їх справу.

2.3.10 Рішення протягом розумного строку

Стаття 6 ЄКПЛ вимагає від трибуналу винести рішення протягом розумного строку. Метою цього якомога швидке встановлення правової визначеності. Як заявник так і замовник зацікавлені в тому, щоб трибунал розглянув їх справа протягом такого періоду часу, протягом якого буде мати сенс продовжувати процедуру закупівель. Специфіка процедур закупівель вимагає швидких і ефективних процедур щодо перегляду, так як зупинення процедури перегляду на занадто довгий період робить її неактуальною. Це відбувається тому, що бюджети і ціни не можуть перебувати занадто довго на одному рівні, оскільки стають застарілими і неточними. Таким чином, одним з принципів «Директиви ЄС про засоби правового захисту» є і те, що держави-члени повинні вжити необхідних заходів для проведення процедур по перегляду в найкоротші строки.¹⁵

2.3.11 Публічне оголошення рішення

У статті 6 ЄКПЛ зазначено, що трибунал повинен оголошувати свої рішення публічно. Це не обов'язково означає, що рішення має бути зачитано в суді. Вважається достатнім, якщо рішення стає доступним для громадськості за допомогою інших методів. Наприклад, шляхом видачі рішення в канцелярії суду або за допомогою опублікування рішення суду в Інтернеті.¹⁶ Всі рішення повинні бути опубліковані для заміни публічного оголошення в суді.¹⁷

2.4 Висновки

В цьому розділі основна увага була зосереджена на представленні членам трибуналів принципів процесуальної справедливості та їх конкретному застосуванню до процедур щодо перегляду публічних закупівель. Слід відзначити, що принципи процесуальної справедливості забезпечують те, що і суб'єкт оскарження і замовник мають реальну можливість переконати членів трибуналу в ході (усних) слухань у своїй правоті, а також дозволяють захищати свою позицію. Стаття 6 ЄКПЛ - на додаток до вимоги про незалежність, безсторонність трибуналу та необхідності його встановлення законом спрямована на забезпечення кожного правом на справедливе публічне слухання в межах розумного строку і процесуальну справедливість в найширшому сенсі.

Прецедентне право, яке лежить в основі застосування Статті 6 ЄКПЛ, визначає те, що процесуальна справедливість, в контексті трибуналів щодо перегляду в сфері публічних закупівель досягається у поєднанні ряду прав. Ці права включають в себе: право на публічний (усний) судовий розгляд; право на доступ до інформації щодо запланованих слухань; право на професійне (інше) представництво; право представляти і оскаржувати докази з метою встановлення фактів у справі; право на отримання інформації про підстави винесення рішення судом; право на застосування членами трибуналу чинного законодавства при розгляді справ;

¹⁵ *Справа Суду ЄС, Grossman Air (C-230/02, ECR 2004), para 36*

¹⁶ *Австрія, наприклад, публікує в інтернеті всі рішення органів щодо перегляду (www.bva.gv.at; ris.bka.gv.at/Verg/).*

¹⁷ *Справа Європейського суду з прав людини Werner v. Austria, Judgement of 24 November 1997; Справа європейського суду з прав людини Szucs v. Austria, judgement of 24 November 1997; Справа Європейського суду з прав людини Campbell and Fell v. The United Kingdom, judgement of 28 June 1984.*

право на рівність сторін, передбачене Статтею 14 ЄКПЛ; право на судовий розгляд незалежним та безстороннім трибуналом, який може бути судом; право на доступ до трибуналу, встановленому законом; право на прийняття трибуналом рішення в межах розумного періоду часу; і, право на те, що трибунал оголошує свої рішення публічно.

Перейшовши від базової теми процесуальної справедливості, отримавши уявлення про права та обов'язки всіх сторін у процесі перегляду, ключове питання, що постає перед членами трибуналів - це конфлікт інтересів - предмет наступного розділу.



Конфлікт інтересів

3.1 Огляд

Попередній розділ став відправною точкою для трибуналів, в ній наголошувалося на необхідності членів трибуналів бути незалежними та неупередженими суб'єктами прийняття рішень. Основною вимогою адміністративного правосуддя є вимога до членів трибуналу бути неупередженими та не піддаватися невиправданним сумнівам в процесі прийняття рішень. З урахуванням цієї вимоги, фундаментальний принцип справедливості вимагає неупередженості від осіб, які приймають рішення, яка забезпечує вердикти, засновані на об'єктивних критеріях та які незалежні від впливу внутрішніх та зовнішніх конфліктів. Метою наступного розділу є висвітлення ряду питань, які стосуються конфлікту інтересів. Широко представлені і глибоко роз'яснені декілька категорій конфлікту інтересів, також описані методи щодо виявлення та розкриття конфлікту інтересів. Для членів трибуналу пропонуються дії, які повинні бути виконанні з метою запобігання або пом'якшення виявленого конфлікту інтересів. Представлені кілька детальних прикладів з практики для практичного розуміння типових ситуацій, пов'язаних з конфліктом інтересів. У розділі підкреслюється важливість принципу неупередженості та, надалі, визначається поняття конфлікту інтересів в контексті публічних закупівель.

3.2 Неупередженість та політика конфлікту інтересів

Ключовою вимогою адміністративного правосуддя є неупередженість суб'єктів прийняття рішення. Неупередженість - це принцип правосуддя, який полягає у тому, що рішення має бути засноване на об'єктивних критеріях замість упередженості або кращого відношення до однієї зі сторін без належних на те підстав.¹⁸ Неупередженість - це основоположний принцип всіх судових, квазі-судових та адміністративних органів, і обов'язок бути неупередженим можна знайти в багатьох кодексах етики посадових осіб та суддів різних країн світу.¹⁹ Для досягнення тієї якості трибуналу, яку вимагає стаття 6 ЄКПЛ, неупередженість членів трибуналу є однією з вимог.

Конфлікт інтересів²⁰ може мати місце, коли є передумови не підходити до оцінки обставин справи неупереджено, і є реальна загроза того, що член трибуналу може несправедливо поставитися з надмірною прихильністю (або неприязню) до однієї зі сторін процесу перегляду. Звичайно, члени трибуналу мають ряд професійних ролей та особистих інтересів. Іноді неможливо уникнути конфлікту інтересів, і зловживання може статися без наявності винних. Тому, як пропонується в Настановах ОЕСР, необхідно встановити чітку політику по відношенню до конфліктів інтересів, а також підхід, який буде враховувати наступні аспекти:

¹⁸ <http://en.wikipedia.org/wiki/impartiality>.

¹⁹ Дивіться, наприклад, «Керівництво щодо підвищення незалежності і неупередженості суддів», підготовлене USAID в січні 2002 року, http://www.usaid.gov/our_work/democracy_and_governance/publications/pdfs/pnacm007.pdf, також дивіться «Модельний кодекс поведінки посадових осіб», Рекомендація № R (2000) 10, прийнята Комітетом міністрів Ради Європи і доступна на [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Rec\(2000\)10_EN.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/greco/documents/Rec(2000)10_EN.pdf). Кодекс етики країн ОЕСР можна знайти на веб-сторінці ОЕСР. Інші джерела кодексу поведінки країн Центральної та Східної Європи можна знайти в роботі доктора філософії Йоланти Палідаускайте [Jolanta Palidauskaite], «Кодекс поведінки посадових осіб у країнах Східної та Центральної Європи, порівняльна перспектива або Європейські принципи державного управління», документи СІГМА (Програма сприяння вдосконаленню державного управління в країнах Центральної та Східної Європи) № 27 [Codes of Conduct for Public Servants in Eastern and Central European Countries, Comparative Perspective, or European principles for public administration / SIGMA papers Nr. 27] доступні на <http://www.oecd.org/dataoecd/26/30/36972467.pdf>.

²⁰ В рамках цього посібника ми використовуємо термін «конфлікт інтересів», під яким також мається на увазі упередженість.

- Визначення загальних характерних ознак наявності конфлікту інтересів
- Визначення специфічних випадків неприйнятних ситуацій конфлікту інтересів
- Лідерство у впровадженні політики попередження конфлікту інтересів
- Поінформованість, яка допомагає дотриманню і виявленню зон підвищеного ризику з метою його зниження
- Виявлення конфлікту інтересів в момент його виникнення
- Співпраця з іншими учасниками процесу
- Ідентифікація заходів необхідних для уникнення будь-яких наслідків конфлікту інтересів і дотримання їх зобов'язань²¹

3.3 Що таке конфлікт інтересів?

Організація економічного співробітництва та розвитку (ОЕСР), в «Настановах з вирішення конфліктів інтересів на державній службі» (2005 рік), визначає конфлікт інтересів як «конфлікт між публічними обов'язками та приватними інтересами державної посадової особи, за якого приватні інтереси такої особи (що впливають з положення державної посадової особи як приватної особи) здатні неправомірним чином вплинути на виконання цією особою своїх посадових обов'язків».²²

Таким чином, під конфліктом інтересів слід розуміти не тільки ті ситуації, коли дійсно має місце факт неприйнятного конфлікту між інтересами державної посадової особи та її приватними інтересами, але також і ті випадки, коли є очевидний або потенційний конфлікт інтересів. Розмежування залежить від того чи вплинули наслідки конфлікту інтересів на виконання обов'язків посадовою особою або ж вони тільки могли вплинути, або в дійсності наслідків не було, немає, і не могло бути. Відповідно, можна виділити кілька різних типів конфліктів інтересів.

- **Реальний конфлікт інтересів** - ситуація, коли приватні інтереси члена трибуналу впливають, вплинули або можуть неправомірним чином вплинути на виконання ним / нею своїх обов'язків як члена трибуналу.
- **Уявний конфлікт інтересів** - ситуація, за якої приватний інтерес члена трибуналу, на перший погляд або за своєю формою, видається таким, що впливає, може вплинути або вплинув неправомірним чином на виконання ним/нею своїх посадових обов'язків, як члена трибуналу, але в дійсності таких наслідків не було, немає, і не може бути.
- **Потенційний конфлікт інтересів** - ситуація, коли приватні інтереси члена трибуналу можуть в майбутньому викликати реальний або уявний конфлікт інтересів, якщо цій посадовій особі доведеться реалізувати відповідні повноваження в майбутньому.

«Настанова ОЕСР» також наводять відмінність між фактичним, уявним та потенційним конфліктом інтересів, визначаючи, що «про уявний конфлікт можна говорити тоді, коли стає відомо, що приватні інтереси державної посадової особи можуть неправомірним чином вплинути на виконання ним/нею своїх обов'язків, але в реальності цього не відбувається. Потенційний конфлікт інтересів виникає в тих випадках, коли державна посадова особа має такі приватні інтереси, які можуть призвести до конфлікту інтересів, якщо цій посадовій особі належить

²¹ OECF Recommendation on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service (2003), стор. 4 доступний на <http://www.oecd.org/dataoecd/17/23/33967052.pdf>, p. 6, or www.oecd.org/gov/ethics/conflictinterest.

²² Див. OECF Recommendation on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service (2003), стор. 4. Див. Також OECF / SIGMA Conflict of Interest Policies and Practices in Nine EU Member States: A comparative Review (2005), документу SIGMA № 36 доступні на [http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=gov/sigma\(2006\)1/REV1&doclanguage=and](http://www.oecd.org/officialdocuments/displaydocumentpdf/?cote=gov/sigma(2006)1/REV1&doclanguage=and) and <http://dx.doi.org/10.1787/5kml60r7g5zq-en>.

виконувати відповідні (конфліктуючі з особистими інтересами) обов'язки в майбутньому.»²³

Більш того, розрізняються ще поодинокі та триваючі конфлікти інтересів. «Методичні матеріали ОЕСР з управління конфліктами інтересів» (далі «Методичні матеріали ОЕСР») пропонують кілька способів визначення реальних, уявних та потенційних конфліктів інтересів.²⁴

3.3.1 Реальний конфлікт інтересів

Реальний конфлікт інтересів виникає у тих випадках, коли член трибуналу має приватні інтереси такої якості (наприклад, завдяки відносинах з однією зі сторін процесу) або кількості (наприклад, прибуток, який може отримати член трибуналу), за яких з'являються обґрунтовані підстави вважати, що приватний інтерес неправомірним чином впливатиме на прийняття рішення таким членом трибуналу. Реальний конфлікт інтересів - неприпустимий, його слід уникати. Рішення, прийняте за наявності реального конфлікту інтересів члена трибуналу, можна оскаржити в суді.

3.3.2 Уявний конфлікт інтересів

Згідно Методичних рекомендацій ОЕСР, уявний конфлікт інтересів може нести такий ж рівень небезпеки, як і реальний конфлікт інтересів. Відповідно, до нього потрібно ставитися так само, як і до фактичного конфлікту інтересів, поки не з'ясується всі обставини щодо особистих інтересів.²⁵

3.3.3 Потенційний конфлікт інтересів

Згідно з визначенням потенційного конфлікту інтересів приватний інтерес члена трибуналу існує, але в зв'язку з тим, що він / вона не залучені до процесу прийняття рішення, такий конфлікт інтересів не є проблемою. Він стане проблемою, якщо зміниться роль члена трибуналу, і він/вона буде залучений (а) до процесу прийняття рішення.

3.4 Що таке приватний інтерес?

Основним терміном, що визначає конфлікт інтересів, є термін «приватний інтерес». В даному контексті «інтерес» означає щось, що може вплинути на особу або групу осіб. Термін «приватний інтерес» не обмежується власними особистими, професійними або комерційними інтересами члена трибуналу, але також включає особисті, професійні чи комерційні інтереси окремих осіб або груп осіб, які з ним тісно пов'язані. До них можна віднести родичів, друзів і навіть супротивників.²⁶ Ці інтереси можуть узгоджуватися, міститися, або бути заснованими на наступному:

- Права і зобов'язання щодо власності будь-якої природи
- Будь-які інші цивільно-правові відносини
- Подарунки, обіцянки, заступництво, краще ставлення
- Переговори про майбутнє працевлаштування посадової особи в ході виконання його / її функцій
- Переговори про будь-який інші форми відносин, в яких присутні приватні інтереси посадової особи, після його/її звільнення

²³ *OECP Recommendations on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service (2003), стор.4*

²⁴ *OECP Recommendation on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service Toolkit (2005), стор. 23-25*

²⁵ *OECP Recommendation on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service Toolkit (2005), стор. 23-25*

²⁶ *In whose interests? Preventing and managing conflicts of interest in the APS, Australian Public Service Commission, 2009 стор. 2 Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission*

- Заняття приватною діяльністю з метою отримання прибутку або будь-яким видом діяльності, яка приносить прибуток, а також залучення до діяльності комерційних і некомерційних організацій, консорціумів або професійних, політичних та публічних об'єднань і будь-яких інших організацій
- Взаємовідносини
 - у сім'ї або між окремими особами, які проживають разом
 - співтоваристві
 - етнічній групі
 - релігійній групі
 - у визнаних дружніх або ворожих стосунках
- Попередня зайнятість, в зв'язку з якою інтереси, наведені вище, виникли або можуть виникнути

Вищевикладене визначення приватного інтересу надає чітке розуміння ситуацій, у яких наявний приватний інтерес. Таким чином, відповідне поняття приватного інтересу точно відповідає рекомендації, викладеній у «Методичних рекомендаціях ОЕСР». ²⁷

3.4.1 Типи приватного інтересу

Приватні інтереси можна розділити на чотири²⁸ категорії.

1. Особисті інтереси включають сімейні відносини із суб'єктом оскарження або представником замовника відповідної публічної закупівлі. Всі типи приватного інтересу застосовуються до членів трибуналу, якщо в їхніх родичів або близьких друзів наявний такий приватний інтерес або якщо рішення трибуналу може особисто вплинути на такого родича/ близького друга.

2. Політичні інтереси включають наявність іншої державної посади, що також поширюється на родичів або близьких друзів, якщо члену трибуналу забороняється обіймати іншу державну посаду. Наявність або демонстрація стійких політичних або особистих поглядів, які можуть вказувати на упередженість або прихильність щодо конкретної особи або питання у справі.

3. Фінансові інтереси включають: бути співробітником, радником, директором або партнером іншого підприємства або організації, мати професійні або юридичні зобов'язання перед заявником або замовником, володіти активами, на які прямо або опосередковано може вплинути прийняте рішення, наприклад, володіння земельною ділянкою, акціями компанії або іншими інвестиціями. Отримати обіцянку майбутнього працевлаштування або отримання подарунка, лояльності чи інших переваг від заявника або замовника або від кого-небудь пов'язаного з заявником або замовником.

4. Соціальні інтереси включають: бути членом клубу, товариства або асоціації, бути членом конкретної релігійної або етнічної групи, приймати рішення по справі, пов'язаній з містом/селем, в якій проживає член трибуналу.

²⁷ ОЕСР Recommendation on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service (2003), стор. 7.

²⁸ Приклади, використані в Managing conflicts of interest: Guidance for public entities, Controller and Auditor General, Нова Зеландія, 2007, стор. 6-7, були скориговані для ситуації трибуналу.

3.4.1.1 Особисті інтереси

Одним з найбільш проблемних питань є визначення того, що слід розуміти під особистими відносинами, які необхідно враховувати при прийнятті рішення про наявність конфлікту інтересів. Особисті відносини можуть включати в себе наступне.

Члени сім'ї. Якщо винесене у справі рішення вплине на найближчих родичів (чоловіка (дружину) або дітей) члена трибуналу, що приймає рішення, така ситуація очевидно є конфліктом інтересів для члена трибуналу, в зв'язку з чим він/вона повинні утриматися від прийняття рішення по справі.

Родичі. В цілому, з родичами ситуація складається дещо відрізняється. Зазвичай, вона залежить від близькості родинних зв'язків і ступеню впливу рішень або діяльності трибуналу на них. Зв'язок може бути близьким або спорідненості чи шлюбу, або в силу інших обставин. Чітких правил не існує, оскільки має бути оціненим ступенем спорідненості у кожному конкретному випадку. Однак, розумним буде не брати участь в ухваленні рішення, якщо його наслідки значно впливають на родичів.²⁹

Друзі та інші партнери. Схожі способи класифікації застосовуються до друзів або партнерів. Неможливо очікувати, що член трибуналу або посадова особа не матиме абсолютно ніяких зв'язків або не знатиме особу, питання якого розглядається. Таким чином, не викликає жодних проблем просто факт знайомства, або спільної роботи або ділових відносин між ними. Але давні близькі або дуже нещодавні зв'язки, або ділові відносини - можуть стати проблемою. Якщо рішення або діяльність трибуналу впливають на організацію, в якій працює родич або друг, правомірним буде враховувати їх посаду, наприклад, чи є вони вищим керівництвом або власниками або вони відносяться до молодшого персоналу, який особисто не бере участь у справі, і на яких рішення особисто не вплину.³⁰

3.4.1.2 Політичні інтереси та політична діяльність

Чітких правил, в якому обсязі член трибуналу може підтримувати зв'язки з групами осіб і видами діяльності поза межами своєї діяльності у трибуналі, не існує. Державні інтереси повинні переважати в будь-якому потенційному конфлікті з приватною діяльністю, а член трибуналу повинен завжди думати про те, як третя сторона оцінить його/її поведінку, і як така діяльність або зв'язок може заплямувати добročесність трибуналу.

Базовим може бути наступний принцип: *'державне посадова особа не може брати участь у політичній діяльності, коли є підстави вважати, що вона несумісна з обов'язками державної посадової особи, або погіршує його/її можливість виконувати його або її обов'язки в політично неупередженій формі, або спричиняє сумніви у чесності і неупередженості такої особи'*.³¹ У випадку якщо член трибуналу є членом або прихильником політичної партії, його/її політичні погляди повинні залишатись осторонь від процесу прийняття рішення, оскільки це є важливою ознакою професіоналізму та неупередженості члена трибуналу. При цьому, не важливо, чи є член трибуналу схильним до тієї чи іншої партії чи він/вона ставляться до цієї партії негативно.

Зазвичай, державним посадовим особам заборонено займатися діяльністю, яка перешкоджає виконанню ними своїх посадових обов'язків або вимагає надмірної розумової або фізичної віддачі, що ускладнює виконання ними своїх обов'язків, або є продовженням таких обов'язків, які негативно позначаються на іміджі співробітника державної адміністрації. У разі виникнення сумнівів щодо класифікації діяльності як дозволеної або недозволеної, член трибуналу повинен порадитися з керівником трибуналу. Таким чином, члени трибуналу можуть брати участь у політичній

²⁹ *Managing conflicts of interest: Guidance for public entities, Controller and Auditor General, New Zealand, 2007, стор. 19*

³⁰ *Managing conflicts of interest: Guidance for public entities, Controller and Auditor General, New Zealand, 2007, стор. 19*

³¹ *Information Handbook for Employment Insurance Board of Referees, Employment Insurance Appeals Division 2010, стор. 16.*

діяльності поки вона не заважає виконанню їх обов'язків. Деякі види діяльності, можуть бути дозволені, в певній мірі, і не формують конфлікт інтересів, включаючи:

- Членство в політичній партії
- Внесення внесків до політичної партії
- Відвідування заходів політичної партії, демонстрація агітаційних матеріалів чи висловлювання політичних поглядів в громадських місцях³²

3.4.1.3 Соціальні інтереси - зв'язки зі спільнотами та іншими організаціями

Членство в різних організаціях активних і відомих членів трибуналу є очевидною перевагою для трибуналу. Проте, член трибуналу повинен бути в курсі потенційних проблем, які можуть бути викликані членством в таких організаціях. Наприклад, коли член трибуналу висловлює свої погляди, як член неурядової організації, а згодом це питання розглядається трибуналом.³³

Членство в організації може і не бути проблемою. У деяких випадках, підтримка організації може бути у певній мірі компрометуючою, особливо щодо публічних коментарів або письмових заяв. Благодійні внески конкретній організації також можуть викликати проблеми. Навіть анонімні пожертвування можуть становити порушувати принципу. При оцінці характеру своєї участі, члени трибуналу повинні думати про те, як «розумний і добре поінформований спостерігач» може відреагувати, якщо такий інтерес або участь будуть оприлюднені. Тому, якщо член трибуналу надає організаціям благодійні внески, і ці організації беруть участь в процедурах оскарження, він/вона повинні відмовитися від участі в ухваленні рішення у справі, оскільки його/її пожертвування в організацію можуть викликати конфлікт інтересів.

Оскільки член трибуналу може належати до комітету або консультативного органу, який займається реформою законодавства або іншими правовими питаннями, то вони завжди повинні остерігатися будь-якої участі, яке може включати консультації з питань, які є суперечливими або несумісними з їх роллю в трибуналі. Висловлювання суперечливих точок зору може привести до зниження поваги до такого члену і авторитету трибуналу в цілому.³⁴

3.4.1.4 Подарунки

Члену трибуналу заборонено прямо або опосередковано вимагати або приймати будь-які подарунки, послуги, обіцянки або отримувати краще ставлення, в зв'язку з його / її посадою, якщо це може спричинити конфлікт інтересів. Член трибуналу, якому пропонується подарунок, послуга, обіцянка або виявляється краще ставлення, повинен:

- Відмовитися і повернути подарунок тому хто його запропонував. Якщо це неможливо, то офіційно здати, отриману матеріальну цінність, голові трибуналу або безпосередньому керівництву.
- Спробувати ідентифікувати особу, яка це запропонувала, а також його / її мотиви та інтереси.
- Негайно повідомити керівнику трибуналу або безпосередньому керівництву про запропонованому або отриманому послуги, подарунок, обіцянку або краще відношення, з ідентифікацією особи, яка це запропонувало та описом обставини події, а також вказати можливі причини того, що сталося і як це пов'язано з обов'язками даного члена трибуналу.

³² *Information Handbook for Employment Insurance Board of Referees, Employment Insurance Appeals Division 2010, стор. 16*

³³ *Administrative Review Council, Commonwealth of Australia, Guide to Standards of Conduct of Tribunal Members 2009, стор. 30 Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.*

³⁴ *Administrative Review Council, Commonwealth of Australia, Guide to Standards of Conduct of Tribunal Members 2009, стор. 31 Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.*

- Якщо подібна пропозиція є протиправною, необхідно повідомити про неї (включаючи всі відповідні факти) всі компетентні органи. Наприклад, хто запропонував, що саме, для чого, з метою ініціювання правоохоронними органам кримінального провадження.
- Продовжити виконувати свої обов'язки в нормальному режимі, особливо щодо справи, у зв'язку з яким був запропонований подарунок, послуга, обіцянка або краще ставлення, і постійно інформувати своє керівництво про можливий розвиток подій.
- Якщо подібна пропозиція пов'язано з вчиненням злочину, повідомити про нього в компетентні органи кримінального переслідування.

У «Методичних рекомендаціях ОЕСР» допускається можливість прийняти певні подарунки в особливих обставинах. Наприклад, подарунки в силу соціальних звичаїв, таких як день народження або інших свят, чи подарунки в знак визнання заслуг.³⁵ Передова практика інших країн передбачає, що член трибуналу не може приймати ніякі подарунки, якщо це обґрунтовано може сприйматися, як компрометація неупередженості державної посадової особи.³⁶ Отже, член трибуналу повинен враховувати:

- Характер і цінність (вартість) подарунка
- Особу, що пропонує подарунок, його/її ставлення до трибуналу і ситуацію, в якій пропонується подарунок.

Такий матеріальний підхід був також прийнятий в «Методичних рекомендаціях ОЕСР» і пропонує використовувати наступний тест при ухваленні рішення про допустимість подарунка.

- Щирий** Чи є даний подарунок щирим, на знак подяки за мою діяльність, як державного посадовця, і я його не вимагав?
- Незалежний** Якщо я прийму цей подарунок, чи могли б з'явитися у розсудливої людини сумніви в моїй незалежності при продовженні виконання мною своєї діяльності, особливо, якщо особа, яка пропонує цей подарунок, пов'язана або може перебувати під впливом того рішення, яке я можу прийняти?
- Вільний** Якщо я прийму цей подарунок, чи буду я відчувати себе вільним від будь-яких зобов'язань зробити щось у відповідь особі, яка пропонує подарунок (або для його/її сім'ї, друзів)?
- Прозорий** Чи готовий я повідомити про даний подарунок та джерело його отримання своїй організації, клієнтам, колегам, засобам масової інформації та суспільству в цілому?³⁷

Члену трибуналу слід продовжувати розглядати справу в тому випадку, якщо він або вона може відповісти на всі ці питання позитивно. В іншому випадку член трибуналу повинен утриматися від справи і, як наслідок, повинен бути замінений.

3.5 Упередженість та схильність

Члени трибуналу мають право на свої власні погляди. Безсумнівно, можна очікувати, що члени

³⁵ OECF Recommendation on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service Toolkit (2005), стор. 45

³⁶ Administrative Review Council, Commonwealth of Australia, Guide to Standards of Conduct of Tribunal Members 2009, стор. 34 Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.

³⁷ OECF Recommendation on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service Toolkit (2005), стор. 43

трибуналу будуть покладатися на свої власні думки при виконанні своєї діяльності. Однак наявність непохитної позиції щодо того чи іншого питання створює ризики упередження або схильності. Члени трибуналу можуть розглядатися як учасники конфлікту інтересів (упереджені), якщо їхня поведінка або переконання вказують (особливо, але не обов'язково, якщо вони виражаються в публічній заяві) на те, що вони сформулювали свою думку з питання до його розгляду. Іншими словами, що вони проявляють «обмеженість» думки або «непохитну» позицію, і не готові до справедливого розгляду всієї відповідної інформації і аргументів.³⁸ Такого роду упередженість або схильність порушує їх зобов'язання бути неупередженими та, відповідно, тягне за собою конфлікт інтересів.

Загальні особистісні фактори, наприклад, етнічна або расова приналежність члена трибуналу, релігійні погляди, національне походження, вік, політичні або філософські симпатії, рівень добробуту або професійний досвід як правило не зумовлюються схильністю, якщо це не призводить до надлишкового дотримування особистої позиції, яка безпосередньо стосується питання у справі, у зв'язку з чим це буде вважатися конфліктом інтересів.³⁹

3.6 Вирішення конфлікту інтересів

Член трибуналу зобов'язаний вирішити конфлікт інтересів, що виник у зв'язку з його / її приватними інтересами або іншим конфліктними інтересами, як тільки йому / їй стало відомо про нього. Якщо член трибуналу не впевнений в існуванні конфлікту інтересів, він / вона повинні порадитися щодо цього питання з головою трибуналу. У рішенні таких ситуацій існує два аспекти. По-перше, визначення та виявлення конфлікту інтересів, що в основному є відповідальністю члена трибуналу, і реєстрація або повідомлення в письмовому вигляді голові трибуналу про потенційний конфлікт інтересів. По-друге, прийняття рішення про те, які дії, у разі необхідності, необхідно вжити, щоб уникнути або зменшити наслідки конфлікту інтересів. Це є відповідальністю члена трибуналу.

У всіх ситуаціях, коли член трибуналу розпізнає конфлікт інтересів, має бути проінформований голова трибуналу. Член трибуналу має спробувати вирішити питання в найкоротші терміни. Це не тільки необхідно для захисту неупередженості трибуналу, а й захищає члена трибуналу від подальших персональних проблем.

3.6.1 Як визначити конфлікт інтересів?

Важливо сконцентруватися на точках дотику між двома інтересами. Іншими словами, чи можуть інші інтереси члена трибуналу бути якимось пов'язані з конкретним питанням, яке розглядається трибуналом?

Отже, в разі прийняття рішення про необхідність розголошення чогось, кращим варіантом буде помилитися щодо упередженості. У багатьох випадках ситуація не буває очевидною. І, якщо член трибуналу не впевнений щодо існування конфлікту інтересів, то прозоріше і безпечніше буде повідомити про це голові трибуналу та іншим членам трибуналу.

В такому випадку питання стане спільним для вирішення, і можна буде використовувати досвід інших членів трибуналу, щоб оцінити, чи представляє дана ситуація конфлікт інтересів, і чи є вона достатньо серйозною, щоб робити подальші відповідні дії.⁴⁰ Відповідний член трибуналу не повинен брати участь в ухваленні рішення щодо його/її потенційного конфлікту інтересів.

³⁸ *Managing conflicts of interest: Guidance for public entities, Controller and Auditor General, New Zealand, 2007, смоп. 20*

³⁹ *Managing conflicts of interest: Guidance for public entities, Controller and Auditor General, New Zealand, 2007, смоп. 20*

⁴⁰ *Managing conflicts of interest: Guidance for public entities, Controller and Auditor General, New Zealand, 2007, смоп. 27-28*

3.6.2 Як повідомляти про конфлікт інтересів?

Кожна посадова особа при виконанні своїх посадових обов'язків, на підставі своїх знань і доброї волі, зобов'язана завчасно зробити заяву (в кожному конкретному випадку), що повідомляє про наявність його / її приватних інтересів, які можуть призвести до виникнення конфлікту інтересів. Посадовець має задекларувати кожен випадок конфлікту інтересів незалежно від того чи цього вимагає його/її керівник або установа. Як правило, така декларація подається завчасно.

У випадках конфлікту інтересів, член трибуналу зобов'язаний повідомити про можливий конфлікт інтересів завчасно та негайно повідомити голову трибуналу у разі настання такого конфлікту. Голова трибуналу повинен прийняти відповідне рішення і усунути члена трибуналу від прийняття рішення у справі.

Якщо члену трибуналу стає відомо, що будь-хто з його колег або голова трибуналу має будь-яку особисту зацікавленість, то він/вона зобов'язаний проінформувати голову трибуналу або вищий орган влади, якщо мова йде про голову трибуналу.

Якщо питання, в якому зацікавлений член трибуналу, виникає в процесі офіційного засідання, член трибуналу зобов'язаний заявити під час засідання, що він/вона має особисту зацікавленість в питанні, до того, як почнеться обговорення. Про таку заяву має бути зазначено у протоколі засідання. В інших випадках, питання має негайно підніматися з відповідними особами, як тільки виникає ймовірність виникнення конфлікту інтересів.⁴¹ Члени трибуналу повинні утриматись від розгляду справи невідкладно.

Якщо сторона у справі заявляє відвід, то такий відвід має бути розглянутий головою трибуналу. Якщо сторони вимагають відсторонити голову трибуналу, така вимога розглядається трибуналом на чолі із заступником голови трибуналу.

3.6.3 Як уникати або пом'якшувати конфлікти інтересів?

Принцип неупередженості трибуналу вимагає, щоб члени трибуналу усувалися від участі в процедурі перегляду рішення, якщо у них є приватні інтереси у прийнятті рішення. Наприклад, справа може стосуватися особисто члена трибуналу або процедура перегляду може вплинути на його родича. У такому випадку для члена трибуналу буде доречним залишатись на своїй позиції, але не брати участі в процесі прийняття рішення з питань, які його/її стосуються. Цього можна досягти утримавшись від голосування щодо рішення, відмовившись від обговорення, а також від аналізу документів та іншої інформації у справі, що стосується його/її особистих інтересів.

Оскільки заборона на участь у процедурі перегляду рішення в разі наявності конфлікту інтересів передбачена законом, альтернативних санкцій не існує, і заборона на участь є єдиним правовим засобом захисту. Однак, у разі зміни законодавства або за наявності специфічних типів приватних інтересів, які не будуть вимагати автоматичного усунення члена трибуналу від участі в процедурі перегляду в разі конфлікту інтересів, трибунал може визначити певні кроки вирішення проблеми, спрямовані щодо члену трибуналу з конфліктом інтересів. Приймаючи рішення про відповідні кроки, члени трибуналу повинні ретельно зважити серйозність конфлікту інтересів і розглянути можливі варіанти його пом'якшення.

⁴¹ *Managing conflicts of interest: Guidance for public entities, Controller and Auditor General, New Zealand, 2007, с. 28.*

Можливі варіанти пом'якшення конфлікту інтересів включають в себе:

- Не вживати ніяких заходів
- З'ясувати, чи згодні всі зацікавлені сторони (замовник і заявник) з участю члена трибуналу
- Пошук формального виключення, що дозволяє участь в процесі прийняття рішення (якщо таке право передбачене)
- Застосування додаткових заходів контролю або нагляду за членом трибуналу
- Відмова від обговорення або голосування тільки щодо конкретному питанню у справі
- Виключення зі складу комітету чи робочої групи, що займається даним питанням
- Передача конкретних завдань чи обов'язків іншій особі
- Згода щодо або виконання наказу голови трибуналу щодо утримання від певних дій
- Приховування певної конфіденційної інформації, або накладення обмежень на доступ до інформації
- Переведення члена трибуналу тимчасово або на постійній основі на іншу посаду або у проект
- Відмова від приватних інтересів⁴²

Якщо виникає конфлікт інтересів, член трибуналу повинен утриматися від розгляду питання, оскільки навіть найменші сумніви у неупередженості по відношенню до третіх осіб можуть призвести до підриву довіри до трибуналу.

3.6.4 Правові наслідки не вирішення конфлікту інтересів

Якщо трибунал належним чином не вирішив питання конфлікту інтересів, і рішення трибуналу було прийнято за наявності реального чи уявного конфлікту інтересів, таке рішення може бути оскаржене в судовому порядку. Якщо існування конфлікту інтересів буде доведено, трибунал може визнати таке рішення трибуналу незаконним. Отже, таке рішення трибуналу не матиме правових наслідків.

3.6.5 Призначення та працевлаштування після закінчення терміну перебування на посаді

У «Методичних рекомендаціях ОЕСР» рекомендовано, щоб протягом двох років після звільнення, колишній член трибуналу не міг представляти осіб або організації у справах або у комерційних відносинах з органами державної влади, у питаннях, що пов'язані з тими функціями, які виконував такий колишній член трибуналу.

3.7 Австрійський приклад

В Австрії відповідні положення для органів перегляду знаходяться в «Загальних законі про адміністративну процедуру 1991 року». Закон визначає, що при виконанні своїх обов'язків, посадові особи повинні відсторонитись від служби і ініціювати собі заміну у таких випадках:

1. При розгляді питань, до яких залучені вони самі, хтось з їхніх родичів або особа, що перебуває під їх опікою. Закон визначає родичів, як подружжя, родичів по прямій лінії і родичі другої, третьої і четвертої лінії споріднення, прийомні батьки та прийомні діти, опікуни і діти під опікою осіб, які спільно проживають в партнерстві, а також діти та онуки однієї з цих осіб по відношенню до іншої людини, а також її зареєстрованого партнера. Особа залишається у статусі родича, навіть якщо шлюб перестав існувати.
2. При розгляді питань, в яких вони були або все ще є представником сторони.
3. Якщо є якісь суттєві причини, які призводять до сумнівів в неупередженості.

⁴² Перелік варіантів був підготовлений на підставі - *Managing conflicts of interest: Guidance for public entities, Controller and Auditor General, New Zealand, 2007*, р. 31. Схожий перелік варіантів вирішення питань можна знайти в - *ОЕСР Recommendation on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service (2003)*, стор. 8.

⁴³ *ОЕСР Recommendation on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service Toolkit (2005)*, стор. 41

4. При апеляційному провадженні, якщо вони брали участь у винесенні рішення трибуналу. Випадки 1, 2 і 4 мають своїм наслідком те, що посадова особа припиняє розглядати справу негайно без подальшого вивчення. Посадова особа просто має повідомити свого керівника та передати справу своєму заступникові. Випадок 3 вимагає подальшого вивчення, яке слід здійснювати спільно з керівником. Посадова особа самостійно має вказати на конфлікт інтересів, як тільки він буде виявлений. Цими положеннями Австрія прагне забезпечити неупередженість осіб, які приймають рішення. Якщо адміністративна посадова особа порушує цю умову і ігнорує конфлікт інтересів, то тільки з цієї причини рішення може бути скасовано, і можуть бути застосована відповідальність.

3.8 Український приклад

Закон України «Про запобігання корупції» визначає способи врегулювання реального та потенційного конфлікту інтересів членами трибуна. Водночас, і у останній редакції Закону України «Про публічні закупівлі» (частина 1 статті 18) визначено, що член постійно діючої адміністративної колегії (колегій), який є пов'язаною особою із суб'єктом оскарження або замовником, не може брати участі в розгляді та ухваленні рішень щодо такої скарги і повинен бути замінений на час розгляду та ухвалення рішення щодо такої скарги іншим державним уповноваженим АМКУ, що визначається Головою АМКУ. Водночас, Закон України «Про публічні закупівлі» (п.20 ч.1 статті 1) встановлює, що пов'язана особою є особа яка (або члени сім'ї якої), здійснює (здійснюють) контроль над учасником процедури закупівлі.

Під здійсненням контролю розуміється можливість здійснення вирішального впливу на господарську діяльність учасника процедури закупівлі. Такий вплив може здійснюватися безпосередньо або через інших фізичних чи юридичних осіб, зокрема, шляхом реалізації права володіння або користування всіма їхніми активами чи їх значною часткою, права вирішального впливу на формування складу або результати голосування, а також можливість визначати умови господарської діяльності, надавати обов'язкові до виконання вказівки або виконувати функції органу управління учасника процедури закупівлі, або володіння часткою (паєм, пакетом акцій), що становить не менше 25 % статутного капіталу учасника.

3.9 Судова практика

Нижче викладені випадки судової практики ілюструють, як можуть виникати конфлікти інтересів і як ними можна керувати на практиці. Представлені випадки не є настановами до дії у описаних ситуаціях, так як вони наведені з метою показати приклади ситуацій, а не визначити правила щодо управління рішеннями. На практиці, іноді найменше розходження в контексті або у обставинах справи може виявитися критичним і потребуватиме індивідуального рішення. Тому, члени трибуналу мають покладатися на свої власні навички та судження при вирішенні конфлікту інтересів.

Приклад судової практики 1

Сімейний зв'язок із суб'єктом оскарження⁴⁴

Ситуація

А. є член трибуналу по перегляду рішень у сфері публічних закупівель. А. розглядає скаргу на рішення окружної ради з охорони здоров'я (ОРОЗ). ОРОЗ уклав контракт з приватним постачальником послуг на виконання певних робіт. Скарга надійшла від компанії, яка програла тендер, керуючим директором та основним акціонером якої є зять А.

Проблема

У даній ситуації присутній конфлікт інтересів. Цей конфлікт інтересів не фінансовий, бо А. не причетний до скарги і не залежить від свого зятя. Але сімейний зв'язок із заявником обґрунтовано близький, і рішення, яке повинен прийняти трибунал безпосередньо стосується заявника. А. швидше за все, буде більш лояльним до свого зятя або щонайменше створить враження упередженості.

Рішення

Як тільки А. дізнається, що скарга була подана до трибуналу, він повинен повідомити про свій зв'язок із заявником голові трибуналу відразу ж після того, як йому стане відомо про те, що скарга була подана до суду, трибунал зобов'язаний відсторонити А. від участі у розгляді справи.

⁴⁴ Приклад судової практики був скоректований в цілях цієї глави на підставі прикладу, описаного в - *Managing conflicts of interest: Guidance for public entities, Controller and Auditor General, New Zealand, 2007, стр. 34-35.*

Також розсудливо буде вжити заходів, щоб переконатися у тому, що А. не має доступу до документів та інформації, що стосується оспорюваного тендеру ОРОЗ, особливо в частині доступу до конфіденційної інформації, наданої конкурентом заявника. Факт того, що родич А. займає важливу роль, в структурі заявника, має бути безпосередньо оцінений у даній ситуації. Рішення могло б бути іншим, якби родич займав нижчу посаду і не був особисто зацікавлений в тендері заявника, особливо якщо б в якості заявника виступала велика компанія. Рішення також могло бути іншим, якби це був далекий родич, якого А. бачив скажімо лише декілька раз в житті. Оцінка близькості родинних зв'язків вимагає ретельного розгляду та оцінки.

Приклад судової практики 2

Особистий зв'язок із заявником⁴⁵

Ситуація

Е., член трибуналу, отримала скаргу, пов'язану з будівельними роботами, замовленими державною установою. У скарзі оскаржується тендер, виграний компанією Constructions SA.

Е. особисто знає компанію Constructions SA. У минулому році Е. наймала цю фірму для будівництва свого будинку і користується її послугами в даний момент для реконструкції іншого належного їй на праві власності приміщення. У зв'язку з цим, Е. добре знає директорів компанії і високо цінує їх роботу.

Проблема

Дана ситуація може викликати конфлікт інтересів для Е. З одного боку, від Е. очікується неупереджена і професійна оцінка скарги. З іншого боку, можна стверджувати, що Е. має занадто близькі ділові стосунки з одним з учасників тендеру.

Рішення

В цьому випадку, нерозумно з боку Е. приймати участь у розгляді скарги, тому Е слід замінити. Така ситуація виникає, тому що Е працює з даною компанією зараз і має з нею усталені ділові відносини.

Ризик полягає в тому, що в разі відхилення скарги, особисті зв'язки Е. з компанією Constructions SA можуть дозволити кому-небудь припустити, що рішення трибуналу прийнято на підставі схильного ставлення.

Такі ситуації не завжди очевидні. У невеликих і вузькоспеціалізованих галузях люди часто особисто знають або мали будь-які відносини з іншими людьми або компаніями, щодо яких вони повинні прийняти рішення. Однак, це не завжди створює конфлікт інтересів, оскільки такі зв'язки можуть бути оцінені як занадто далекі або незначні. Наприклад, в даному випадку відповідь могла би бути й іншим, якби виконані компанією роботи для Е., були поодинокими і меншими за обсягом, а також якби вони проводилися кілька років тому.

Крім того, необхідно б було провести ретельний аналіз, якби заявником або компанією, яка бере участь в розгляді скарги, керував друг або знайомий Е. Наприклад, з боку Е було б неправомірним

⁴⁵ Приклад судової практики був скоректований в цілях цієї глави на підставі прикладу, описаного в - *Managing conflicts of interest: Guidance for public entities, Controller and Auditor General, New Zealand, 2007, стор. 41-42.*

приймати рішення за скаргою, якщо компанія знаходиться під керівництвом її дуже хорошого друга, якого вона знає багато років і який був запрошений на її весілля. Подібне правило буде застосовуватися, якщо Е. була близьким другом представників замовника, відповідального за закупівлю. З іншого боку, може не бути проблемою, якщо Е. просто знайома з людиною, наприклад, у зв'язку з членством в одному і тому ж спортивному клубі. Ретельний аналіз може бути необхідний, якщо Е. працювала в цій фірмі. Наприклад, ситуація може виявитися проблематичною, якщо вона перебувала у штаті компанії протягом останнього року. З іншого боку, якщо вона працювала в фірмі кілька років тому, це може і не бути проблемою.

Приклад судової практики 3

Особистий зв'язок з представником сторони у справі⁴⁶

Ситуація

А. член трибуналу. Вона проживає з В. - юристом, що спеціалізуються на публічних закупівлях. А. розглядає скаргу С. Після інформування замовника, А. повідомляють, що юридична фірма В. представлятиме замовника.

Проблема

Навіть якщо В. і не має безпосереднього відношення до справи, В. має певний інтерес, щоб виграти справу. В. може спробувати вплинути на А. під час здійснення розгляду та вирішення відповідної справи. А. може перебувати під тиском, тому що А. не хоче виступати проти її партнера та, таким чином, ускладнювати їхні особисті стосунки.

Рішення

А. повинна повідомити голову трибуналу про наявність конфлікту інтересів. Голова трибуналу повинен усунути А. від рішення судової справи через потенційний особистий конфлікт.

Приклад судової практики 4

Соціальний зв'язок із заявником/замовником

Ситуація

Більшість високопосадовців трибуналу іноді, часто в свій особистий час, відвідують обіди або вечері з великою кількістю ділових людей, включно з представниками шкіл, церков, забудовників і консультантів або з представниками замовників. Мається на увазі, що це - частина діяльності високопосадовців, за яку вони не отримують оплати або будь-якої винагороди. Така діяльність ніколи не розглядалася як проблема для трибуналу. В одному з останніх випадків два члена трибуналу відвідували подію, яка в газеті висвітлювалося, як обід, що влаштовується провідною місцевою будівельною компанією. Обід відбувся за тиждень до того, як трибунал прийняв рішення на користь даної будівельною компанією.

Проблема

Оскільки певні соціальні контакти між членами трибуналу і представниками приватного сектору або замовника неминучі, і часто можуть навіть бути бажаними, факт проведення та час обіду може викликати підозри щодо неупередженості членів трибуналу, які брали участь у прийнятті рішення, і

⁴⁶ Цей приклад взятий з практики *Bundesvergabamt*, і був адаптований.

неупередженості всього процесу перегляду. Крім цього, обід створив, як мінімум, уявний конфлікт інтересів для членів трибуналу. В даному прикладі неважливо, чи відбувся обід у вільний від роботи членів трибуналу час, так як вони не можуть посилається на те, що вони були присутні на обіді як приватні особи.

Рішення

Трибунал зобов'язаний продемонструвати, що процес перегляду не піддавався неправомірному або корупційного впливу. У разі відсутності такої можливості дана ситуація може бути прикладом однієї з форм «маніпулювання державою» з метою отримання сприятливого офіційного рішення шляхом прихованого впливу з використанням корупційних методів. Така справа повинна бути в подальшому ретельно розслідувана.⁴⁷

Тому члени трибуналу завжди повинні ретельно обмірковувати будь-яку участь в соціальних заходах, на яких можуть бути присутніми заявники або представники замовників і аналізувати, чи може така участь бути розцінена, як неправомірний вплив на відповідні рішення трибуналу, прийняті в результаті процедури перегляду.

Приклад судової практики 5

Особисті інтереси

Ситуація

Комп'ютерна компанія подарувала застарілі комп'ютери школі, в яку ходить племінник доброго друга члена трибуналу. Крім того, дана комп'ютерна компанія організовує стажування для обраних студентів школи. Члену трибуналу відомо про це, оскільки він обговорював це питання зі своїм другом за вечерею. Друг впевнений, що його племінник отримає право пройти стажування, оскільки він є одним з кращих учнів.

Комп'ютерна компанія подала скаргу до трибуналу. Комп'ютерній компанії не відомо про відносини між одним з кандидатів на стажування і членом трибуналу, але вона може дізнатися про це. Справа складна, а тому незначні зміни у тлумачення умов тендеру можуть привести до програшу або виграшу справи.

Проблема

Член трибуналу має певний віддалений особистий інтерес у справі, оскільки він дуже добре знає дядька студента, який буде подавати заявку на проходження стажування в компанії. З огляду на відносини з дядьком, можна заявляти, що він може допомогти своєму другові, забезпечивши стажування для племінника в обмін на рішення, прийняте на користь комп'ютерної компанії.

Рішення

Член трибуналу повинен повідомити про цю ситуацію голову трибуналу. Проте, необхідно врахувати віддаленість особистих відносин між членом трибуналу і племінником, який може отримати вигоду від рішення, прийнятого на користь комп'ютерної компанії. Також, важливо зазначити, що заявнику, комп'ютерній компанії, нічого не відомо про відносини між кандидатом на стажування і членом трибуналу. Більш того, племіннику не треба «сприяти»

47 Приклад судової практики був скоректований в цілях цієї глави на підставі прикладу, описаного в – ОЕСР Recommendation on Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service Toolkit (2005), стор. 85.

в отриманні права на стажування. Беручи до уваги вищевикладене, необхідно зробити висновок про те, що член трибуналу може брати участь в процесі прийняття рішення по даній справі.

Приклад судової практики 6

Політичні інтереси

Ситуація

Член трибуналу є постійним членом політичної партії. Керівник замовника в свою чергу є членом тієї ж політичної партії, і обом - і керівникові замовника, і члену трибуналу, цей факт добре відомий. Заявнику також відомий цей факт.

Проблема

Член трибуналу може мати політичний інтерес в даній справі.

Рішення

Якщо повідомка члена трибуналу вказує на те, що у нього є стійкі політичні погляди і він лояльний до своєї політичної партії, що він не раз демонстрував публічно, такий член трибуналу може розцінюватися як упереджений, тому голова трибуналу повинен попросити його утриматися від голосування по справі, для того, щоб не створювати атмосферу політичних преференцій. Особливо це діє у випадках, коли в скарзі передбачається, що замовник - міністерство, чи не дотримувалося правил закупівлі, і будь-яка додаткова негативна інформація може вплинути на думку виборців політичної партії, членом якої є керівник замовника.

У разі якщо член трибуналу, є постійним членом політичної партії, не проявляє яскраво вираженої громадської активності на підтримку цієї партії, а також в його поведінці відсутні ознаки того, що його політична позиція може взяти вверх над неупередженим застосуванням закону, то немає підстав відводити його від процесу прийняття рішення в ході процедури перегляду.

3.10 Висновки

Ключовою вимогою адміністративного правосуддя є вимога до членів трибуналу бути неупередженими, не піддаватися зовнішньому або внутрішньому впливу і невинуватим сумнівам в процесі прийняття рішень. З огляду на цю вимогу, основою принципу справедливості є неупередженість осіб, які приймають рішення. Неупередженість гарантує, що рішення трибуналу щодо перегляду, засновані на об'єктивних критеріях, а не на безпідставно упередженому відношенні членів трибуналу до будь-якої сторони в процесі розгляду справи. З огляду на це, в процесі проведення перегляду закупівель, може виникнути конфлікт інтересів, за якого член трибуналу не розглядає питання по справі з позиції неупередженості та, відповідно, створює небезпеку того, що цей член може несправедливо винести рішення на користь сторони, яка є учасником розгляду.

У ситуаціях, подібних до цієї, приватні інтереси члена трибуналу впливають, вплинули або можуть вплинути на некоректне виконання його або її обов'язків. З цієї причини трибунали щодо перегляду закупівель повинні встановлювати, опубліковувати і розповсюджувати серед своїх членів політику регулювання конфлікту інтересів, яка чітко охоплює питання, що стосуються характерних рис наявності конфлікту інтересів, визначення конкретних проявів неприйнятними ситуаціями конфлікту інтересів, розкриття конфлікту інтересів та ідентифікації необхідних дій для усунення наслідків конфлікту інтересів. На додаток до реального конфлікту інтересів, можуть виникнути ще два види конфліктів інтересів. До них відноситься уявний конфлікт інтересів - де

здається, що приватні інтереси впливають, вплинули або можуть вплинути на некоректне виконання обов'язків членів трибуналу; і потенційний конфлікт інтересів - де приватні інтереси можуть в майбутньому призвести до появи фактичного чи уявного конфлікту інтересів. В контексті трибуналів щодо перегляду закупівель приватний інтерес - це все, що може впливати на окремих осіб або групи осіб, і включає особисті, політичні, професійні, фінансові та соціальні інтереси члена трибуналу; він також включає особисті, політичні, професійні, фінансові та соціальні інтереси окремих осіб або груп осіб, з якими він безпосередньо пов'язаний.

Хоча дана розділ допомагає членам трибуналу виявляти конфлікти інтересів, вона також забезпечує розуміння і визнає, що всі члени трибуналу мають право на свої особисті погляди. Насправді, члени трибуналу, ймовірно, можуть використовувати свою власну думку та ідеї у виконанні своєї роботи. При цьому, врахування або прийняття суспільного інтересу щодо предмету справи слід заохочувати і вітати, але треба й розуміти те, що непохитні погляди або глибоко вкорінені позиції з конкретного питання можуть створити ризик упередження або схильності.

Якщо конфлікт інтересів виникає, то швидке вирішення цього конфлікту залежить від члена трибуналу. В такому випадку, член суду зобов'язаний інформувати голову трибуналу і зробити все можливе, щоб максимально оперативно вирішити цю проблему. Якщо член трибуналу не впевнений у наявності конфлікту інтересів, необхідно проконсультуватись з головою трибуналу. Якщо буде прийнято рішення про наявність конфлікту інтересів, то необхідно прийняти рішення про варіанти можливих дій, щоб уникнути або пом'якшити будь-які наслідки конфлікту інтересів - це завдання є прерогативою трибуналу. Важливо, що трибунал має оцінювати доступні варіанти пом'якшення та швидко реалізувати найоптимальніший варіант дії, який б дозволив звести нанівець виявлений конфлікт інтересів.

Дуже важливо, щоб трибунали ефективно займалися кожним виявленим конфліктом інтересів і вчиняли дії щодо зниження рівня реального або потенційного конфлікту інтересів, так як вплив від протиправного конфлікту інтересів, може мати далекосяжні наслідки. Наприклад, незважаючи на виникнення можливих додаткових судових витрат, рішення трибуналу може бути оскаржене в суді, який може визнати рішення трибуналу недійсним. Це також може привести до невизначеності щодо попередніх рішень, і поставити під сумнів майбутнє трибуналу. Важливо звернути увагу на те, що конфлікт інтересів може виникнути на будь-якому етапі, і було б помилкою вважати, що конфлікти інтересів можуть бути виявлені лише на початку розгляду справи. Не є рідкісним виявлення конфлікту інтересу в ході збору і дослідження доказів у процедурі перегляду публічних закупівель, про що більш детально зазначено в наступному розділі.

Докази і процедура

4.1 Огляд

Наведена у двох попередніх розділах інформація підкреслює для членів трибуналу важливість дотримання процедури і встановлення чіткої та об'єктивної структури проведення перегляду публічних закупівель, результатом якого є винесення обґрунтованого рішення, заснованого на фактах. Метою даної глави є, на основі попередніх розділів, розглянути аналітичну і дослідницьку природу трибуналу. Іншими словами, джерела, оцінку та аналіз доказів, заснованих на фактах. Таким чином, ця розділ представляє і розглядає види доказів, які може використовувати трибунал на практиці. З огляду на те, що документальні докази є головними доказами, на основі яких трибунали виносять рішення, кілька розділів цієї глави детально розглядають цей важливий вид доказів. Крім того, в цьому розділі також обговорюються методи збору та отримання доказів, а також способи проведення оцінки їх обґрунтованості. Нарешті, ретельно також розглядаються питання розкриття, значення і допустимості доказів. Для того, щоб помістити даний предмет в загальний контекст, дана розділ починається зі вступу щодо дослідницької природи процедур перегляду, а також ролі доказів для трибуналів з перегляду публічних закупівель.

4.2 Дослідницька природа процедури перегляду

Природа процедури перегляду вимагає від трибуналу проявляти активність і застосовувати причинно-наслідковий підхід, тобто збирати і оцінювати всю відповідну тендерну документацію, а не тільки відповідь замовника і скарга заявника. Оцінка всієї документації і збір інших доказів, в разі необхідності, є невід'ємними умовами для прийняття рішення трибуналом, оскільки одні відомості можуть призвести до скасування всього тендера, а інші відомості - до скасування кваліфікаційних критеріїв або умов контракту. Слід зазначити, що заявник може не мати можливості отримати всю необхідну інформацію, а також повний доступ до тендерної документації. Таким чином, трибунал, в разі необхідності, повинен зібрати всі докази, і зокрема витребувати їх у замовника.

4.3 Роль та природа доказів

Як і в інших процесах, докази відіграють вирішальну роль в провадженнях з перегляду публічних закупівель. Докази - це факти, отримані законним шляхом, які можуть підтверджувати або спростовувати аргументи або контраргументи сторін, що беруть участь в юридичному спорі. Якщо трибунал приймає рішення, не дослідивши всі необхідні докази, таке рішення може бути визнано недійсним у судовому порядку у зв'язку з порушенням основоположного принципу, який полягає у тому, що рішення трибуналу має ґрунтуватися на доказах, представлених сторонами, та інших допустимих доказах. Іншими словами, докази повинні бути представлені трибуналу або в установленому порядку визнані трибуналом.⁴⁸

Прийняти рішення на підставі доказів означає використовувати надійну інформацію, яка вказує на наявність або відсутність фактів, які стосуються питання, що необхідно вирішити. Докази можна охарактеризувати як інструмент, який використовується стороною в ході процесу, щоб підтвердити і довести свої заяви або спростувати заяви іншої сторони. Докази також використовуються для того, щоб об'єктивно встановити факти справи, що розглядається.

⁴⁸ Patrice Garant and Philippe Garant; *The Tribunal Proceedings Relating to Employment Insurance, 2001.*, Розділ 3.1 http://www.ae-ei.gc.ca/eng/board/tribunal/chapter_3-1.shtml

4.4 Види доказів

Докази можна поділити на такі основні види: документальні, показання свідків або побічні. Також докази можна класифікувати на свідчення експертів, речові докази, репрезентативні докази, визнання і інші. Крім цього, докази можуть бути прямі і непрямі. Прямі докази (документи, письмові та речові докази, наприклад, тендерна документація) прямо і тісно пов'язані з тим, що сторона намагається довести. Непрямі докази (письмові та усні свідчення) можуть бути використані для припущення про те, що ставиться за мету довести. Поширені види непрямих доказів - чутки, побічні докази, схожі фактичні докази та фактичні припущення. Непрямі докази включають використання показання щодо часу, місця або показання людей для припущення факту або події. Докази схожих фактів - це представлення фактів або ситуацій, які можна порівняти з оспорюваним фактом.⁴⁹ Докази, які представляються трибуналу в ході процедури перегляду, в основному, складаються з документальних свідчень, таких як письмові заяви, тендерна документація (в тому числі фотографії та технічні документи), протоколи зборів і висновки експертів. Усні свідчення також можуть стати доказом, якщо трибунал вирішить опитати сторони або експертів в ході усного розгляду. Крім того, все, що буде виявлено у справі безпосередньо членами трибуналу, буде розглядатися в якості доказів.

Докази, що є загальновідомими, і докази, що відомі трибуналу з огляду на його функції, як правило, не повинні бути додатково підтверджені, але повинні бути доведені до відома сторін. Важливо відзначити, що юридичні підстави не є доказами. Закони, підзаконні нормативні акти і рішення суду не доводять факти, але повинні бути відомі, оскільки вони зазвичай публікуються. До доказів, відомих трибуналу в силу його функцій, відносяться: накази міністерств, офіційно опубліковані спільні акти органів державного управління, будь-які посилання на рішення конституційного суду, Європейського суду з прав людини, рішення верховного суду, що визначають єдину позицію в судовій практиці, прецедентні рішення трибуналу. З огляду на той факт, що документальні докази є основним видом доказів, на підставі яких трибунал виносить своє рішення, наступні розділи будуть розглядати саме цей вид доказів більш докладно.

4.4.1 Письмові заяви

Існують два основних види письмових доказів. По-перше, документація, представлена заявником, яка зазвичай складається з скарги та додатків. По-друге, документація, представлена замовником, яка, як мінімум складається з тендерної документації та відзиву на скаргу замовника. До іншої інформації, яка є загальнодоступною і може бути отримана трибуналом, відносять повідомлення про контракт, опубліковане замовником, а також тендерну пропозицію учасників тендеру.

Тендерна документація є найбільш важливим доказом, який може бути отримано в процедурі перегляду, оскільки саме вона покаже дії замовника під час проведення процедури закупівлі. Якщо документація є неповною або важливі етапи не були належним чином задокументовані, то, очевидно, що процедура закупівлі не була проведена прозоро, і заява може бути відхилена з цієї причини. На практиці замовник може відмовити в наданні тендерної документації вчасно. Якщо це дійсно так, і встановлений законом термін для вирішення трибуналу по скарзі спливає, трибунал має право прийняти рішення виключно на підставі скарги та доказів, представлених в процесі. Проте, рішення має бути обґрунтованим, а факти справи мають бути підтвердженими доказами.

⁴⁹ Patrice Garant and Philippe Garant; *The Tribunal Proceedings Relating to Employment Insurance, 2001.*, Розділ 3.4.http://www.ae-ei.gc.ca/eng/board/tribunal/chapter_3-4.shtml

Для того, щоб отримати належні докази трибунал має співпрацювати з публічною адміністрацією, а також отримувати необхідну інформацію від замовника щодо конкретної тендерної процедури.⁵⁰ Крім того, трибунал також має право вилучити роз'яснення та додаткову інформацію у будь-якого органу державної влади або місцевого самоврядування, а також право отримати будь-які документи або докази, що мають відношення до справи. Для того щоб отримати відповідні докази вчасно, трибунал зобов'язаний встановити терміни для органів державної влади, з можливим застосуванням адміністративних санкцій (штрафів), якщо державний орган не надаватиме відповідь.

Приклад

Відповідно до статті 346 всі процедури закупівель виключаються зі сфери ДФЄС (Договору про функціонування ЄС) і, отже, зі сфери директив щодо закупівель, якщо це необхідно для захисту основних інтересів національної безпеки. При цьому, доведення факту наявності національних інтересів безпеки є завданням держав членів ЄС. Наприклад, в одному конкретному випадку Міністерство оборони (МО) провело процедуру закупівлі без застосування відповідного законодавства про закупівлі для адаптації військових вертольотів до нових стандартів безпеки. Зокрема, МО провело процедуру закупівлі без публікації повідомлення. У процедурі перегляду, МО не змогло довести наявність інтересів національної безпеки в цій справі. Тому орган з перегляду вирішив дану справу на загальних підставах та, відповідно, відмовив у застосуванні винятку щодо застосування законодавства про закупівлі.

4.4.2 Висновки експертів

Як заявник так і замовник можуть представляти експертні висновки або визначати своїх експертів. Також експерта може призначити і трибунал. Це один з кращих способів отримати експертний висновок, так як експерт не буде залежати ні від однієї зі сторін. Слід зазначити, що малоймовірно, що будь-яка сторона буде платити експерту, якщо його висновок не допомагатиме цій стороні виграти справу. Отже, найчастіше експерт, призначений стороною, підтверджує позицію свого клієнта і знаходить для цього необхідні підстави.

Як правило, експерти володіють деякими спеціальними знаннями та їхнє завдання полягає в наданні трибуналу неупередженої інформації у спеціальних, в основному, технічних, питаннях. Експертний висновок не можна ігнорувати без обґрунтованих на те підстав, а тому трибунал, як правило, повинен його приймати. Експерти засвідчують факти, які вони спостерігають, тому виражені ними висновки можуть мати значну вагу.

Якщо є офіційний список експертів, то трибунал зобов'язаний призначити одного з цих експертів. В силу своїх офіційних повноважень трибунал зобов'язаний постановити, чи потрібно участь експерта для оцінки доказів або для встановлення фактів. Експерт, як правило, призначається, коли трибунал не в змозі оцінити докази або встановити факти в зв'язку з їх науковою, правовою або технічною природою. Трибунал зобов'язаний призначити експерта або експертів, використовуючи свій список обраних експертів, виходячи з їх спеціалізації. Експерт повинен відмовитися надавати висновок, якщо існує конфлікт інтересів. Трибунал зобов'язаний запропонувати і представити експерта сторонам, які, в свою чергу, заявляють про свою згоду або незгоду з обраною кандидатурою. Вибір експерта може бути оскаржений заявником або замовником у зв'язку з конфліктом інтересів. В такому випадку на трибунал лягає відповідальність прийняти рішення щодо відводу експерта та призначення нового експерта. Якщо трибунал приймає рішення відхилити заяву сторони про відвід експерта, його рішення, засноване на висновку цього експерта, може бути скасоване за наявності на те підстав.

⁵⁰ Стаття 9 «Інструкції про функціонування та організації Комісії з публічних закупівель», Постанова Ради міністрів № 184

Трибунал повинен запропонувати сторонам поставити експерту питання. Крім того, трибунал зобов'язаний консультуватися з експертами, так само як і зі сторонами, щодо визначення видів тестів, експертиз і досліджень, а також інших методів і процедур, які будуть застосовуватися експертом. В кінцевому результаті, трибунал зобов'язаний офіційно призначити експерта і вибрати питання, які будуть адресовані йому, уявити вже зібрані документи та інші докази (зразки), визначити, які методи і процедури буде застосовувати експерт, врегулювати будь-які інші аспекти тестів, експертиз і досліджень, які буде проводити експерт і визначити, чи буде експерт відповідати усно або в письмовій формі.

Експерт трибуналу повинен бути неупередженим і незалежним від сторін і від іншого впливу. Якщо його висновок здається недостатньо обґрунтованим, трибунал зобов'язаний відхилити його і призначити іншого експерта або, у разі необхідності, прийняти відомості, представлені експертом сторін. Якщо трибунал відхилив експертний висновок, він повинен надати достатні причини такого відхилення. Трибунал може також зобов'язати експертів проконсультуватися один з одним з метою з'ясування питань і отримання уніфікованого висновку. Висновок експерта зазвичай складається з фактичної складової і безпосередньо самого висновку експерта. Фактичну складову можна оцінити шляхом вивчення дослідження експерта та обґрунтованості його висновків. Значення висновку експерта з даного питання, можна оцінити, розглянувши його фактичне обґрунтування, проведення експертної оцінки, рівня фаховості та спеціалізації експерта і його об'єктивності.⁵¹

Для трибуналів застосовуються звичайні правила про прийнятність і обґрунтованість доказів. Трибунал зобов'язаний розглянути висновок експерта, врахувати його кваліфікацію і об'єктивність, масштаб і серйозність його дослідження, а також взаємозв'язок між висновками, які він пропонує, та доказами.⁵² При оцінці висновку експерта, трибунал повинен пам'ятати, що кожна зі сторін буде намагатися знайти експерта, який розділяє її позицію, за що сторона і платить відповідну винагороду.

4.4.3 Свідки

У деяких випадках свідки можуть бути корисними. Свідки повинні бути допитані під час усного слухання в присутності обох сторін у справі. Всі сторони процесу мають можливість допитати свідків після питань поставлених трибуналом.

Приклади

1. З'явилась необхідність опитати керівника підприємства для оцінки його професійного досвіду, оскільки одним із критерію проведеного тендеру, був саме професійний досвід. Заявник стверджував, що обраний виконавець отримав занадто багато балів за цей критерій. Після опитування призначеного керівника підприємства на усних слуханнях з'ясувалося, що керівник об'єкта не мав належного рівня професійного досвіду, необхідного за вимогами тендером. Отже, обраний учасник тендера, що визначений переможцем, отримав занадто багато балів за цим критерієм, і трибунал постановив скасувати рішення про результати відповідного тендеру.
2. В іншому випадку замовник відхилив тендерну пропозицію заявника, оскільки вона не була надана в рамках опублікованого періоду часу. Заявник стверджував, що тендерна пропозиція була подана вчасно. Протягом подальшого розслідування було допитано главу відділу

⁵¹ *Decision Making: Evidence, Facts and Findings, Best-practice guide 3, Administrative Review Council, August 2007. стор. 9. Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.*

⁵² *Patrice Garant and Philippe Garant; The Tribunal Proceedings Relating to Employment Insurance, 2001., Розділ 3.7.2*http://www.ae-ei.gc.ca/eng/board/tribunal/chapter_3-7-2.shtml

обробки кореспонденції, і в результаті з'ясувалося, що заявник представив тендер в рамках опублікованого періоду часу, але тендерна пропозиція не була вчасно доставлена у відповідальний департамент.

4.5 Обґрунтованість доказів

Навіть якщо доказ є в цілому допустимим, такий доказ має бути обґрунтованим для того, щоб бути допущеним у процесі розгляду. Доказ вважається обґрунтованим, якщо такий доказ прямо або побічно відноситься до факту або питання, яке повинно бути встановлене, і сприяє просуванню розгляду справи. Докази повинні більш-менш ймовірно підтверджувати наявність або відсутність факту у справі.⁵³

Рішення про допустимість доказів приймає трибунал. Трибунал зобов'язаний розглянути питання про сферу своєї юрисдикції, предмет розгляду і повноваження, надані йому законом. Трибунал вистежує та розглядає всі необхідні докази, щоб прийняти остаточне рішення, використовуючи для цього всі методи доведення, дозволені законом. Відмова визнати допустимі докази є порушенням принципів справедливості⁵⁴ та статті 6 ЕКПЛ.⁵⁵

Єдиного визначення допустимості доказів не існує. З цієї причини допустимість іноді плутають з вагомістю. Факти, які не є релевантними, не мають реального зв'язку з питаннями у справі, що, як правило, призводить до плутанини, незаконного затягування дебатів або упередженості до опонента. Деякі юристи називають таку обґрунтованість логічної. В той час як недостатня доказова сила називається формальною обґрунтованістю. Для мети даного посібника, найкраще обмежити вживання терміну «обґрунтованість» ситуаціями, в яких трибунал виключає докази, оскільки вони не мають відношення до питань, які необхідно з'ясувати.⁵⁶ Слід розуміти різницю між логічною обґрунтованістю і формальною обґрунтованістю.

Доказ вважається допустимим, якщо він допомагає визначенню відповідей на питання, які повинні бути висвітлені в рішенні. Таким чином, доказ є обґрунтованим, якщо він може довести або спростувати позицію сторони у справі, або якщо він може обґрунтовано та законно вплинути на члена трибуналу.⁵⁷ Трибунал не повинен зосереджуватися на доказах, які не вирішують питання у справі.

Таким чином, основним завданням оцінки/пошуку доказів є визначення питань, на які потрібно знайти відповіді. Питання повинні бути якомога більш конкретними. Замість того щоб зосередитися на загальних питаннях, таких як «правомірність способу закупівель», трибунал зобов'язаний зосередитись деталях справи, пов'язаними з обставинами справи. По суті, питання визначають правові рамки. Більш того, стане зрозумілим які факти потрібно довести та, відповідно, стане можливим пошук необхідних доказів.

⁵³ Patrice Garant and Philippe Garant; *The Tribunal Proceedings Relating to Employment Insurance, 2001.*, Розділ 3.5.http://www.ae-ei.gc.ca/eng/board/tribunal/chapter_3-5.shtml

⁵⁴ Patrice Garant and Philippe Garant; *The Tribunal Proceedings Relating to Employment Insurance, 2001.*, Розділ 3.5.http://www.ae-ei.gc.ca/eng/board/tribunal/chapter_3-5.shtml

⁵⁵ *Справа ЄСПЛ Dombo Beheer BV v. The Netherlands*, рішення від 27 жовтня 1993.

⁵⁶ Patrice Garant and Philippe Garant; *The Tribunal Proceedings Relating to Employment Insurance, 2001.*, Розділ 3.5.http://www.ae-ei.gc.ca/eng/board/tribunal/chapter_3-5.shtml

⁵⁷ *A Manual for Ontario Adjudicators, Society for Ontario Adjudicators and Regulators, 2000.*, см.оп. 105.

Приклади

1. «Чи припустимо оголошувати закритий тендер з 10-ти денним періодом на надання тендерних пропозицій?»
Трибунал зобов'язаний знайти докази за типом фактично проведеної процедури закупівлі та ліміту часу для подання тендерів. На питання можна відповісти, подивившись на опубліковане оголошення і документацію тендеру.
2. «Чи повинно бути опубліковане повідомлення про проведення тендеру?»
Трибунал зобов'язаний визначити тип процедури закупівлі та приблизну вартість контракту. Крім того, трибуналу, можливо, доведеться дослідити положення щодо винятків, наприклад, щодо технічної винятковості, яку замовник повинен буде довести.
3. «Що є відповідним технічним критерієм для надання послуг з безпеки?»
Трибунал зобов'язаний розглянути контрактні документи, а також, можливо, закони і підзаконні акти, що стосуються послуг безпеки.
4. «Які формальним критеріям мають відповідати подані документи?»
Замовник повинен оцінити відповідність тендерних документів закону і тендерним документів. Таким чином, доказами будуть тендерні документи.

4.6 Витребування доказів

Перед винесенням рішення трибунал повинен чітко встановити всі факти у справі. Оскільки трибунал виконує дослідницьку роль в ході провадження з перегляду, він не може приймати рішення, спираючись тільки на докази, представлені сторонами. Трибунал зобов'язаний брати активну участь у витребуванні доказів, якщо того вимагає ситуація. Трибунал може отримувати докази з різних джерел, включаючи заявника, замовника та/або з іншим джерел.

4.6.1 Докази, отримані від заявника

Трибунал зобов'язаний виносити своє рішення на підставі інформації та доказів, що містяться в скарзі.

Заявник зобов'язаний надати всі підстави оскарження рішення замовника в своїй скарзі. Проте, якщо заявник представить будь-яку нову інформацію до своєї скарги трибунал повинен прийняти її до уваги, незважаючи на те, що це може несприятливо позначитися на економічності процесу провадження з перегляду рішення про державну закупівлю. Передбачуваність системи перегляду також може постраждати, оскільки, замовник міг би прийняти рішення на користь заявника, якби володів б новою інформацією. Також це може перешкоджати замовнику в процесі прийняття рішення, якщо його рішення переглядається не на підставі допущеної помилки, а у зв'язку з нововиявленими обставинами. Важливо відзначити, у ході провадження, замовник може переглянути своє рішення на підставі такої нової інформації.⁵⁸ При цьому, трибунал повинен оцінювати тільки ту нову інформацію, яку заявник не міг представити раніше з об'єктивних причин. Заявник не може мати повний доступ до інформації про процедуру закупівлі, яка включає дані про інших учасників тендеру. Це може мати вирішальне значення у випадках, коли заявник вимагає відхилення інших тендерних пропозицій. Таким чином, трибунал не може очікувати від заявник надання вичерпної інформації і може запросити інформацію, якої бракує, від замовника

⁵⁸ Administrative Review Council, *Better Decisions: review of Commonwealth Merits Review Tribunals, Report 39, 1995*, p. 42. Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.

Найпоширенішими доказами, які повинні бути отримані від заявника скаржник, є тендерна пропозиція та інша тендерна документація. Крім того, заявник може також подавати експертизи, описи ринкової практики для певного сектору чи галузі. Заявник може також подати технічну інформацію та інформацію з попередніх закупівель для подібних тендерних пропозицій або юридичний аналіз положень законодавства про закупівлі. Заявник може також подати документацію, подану разом з заперечення, адресовані замовнику, та відповідь замовника на заперечення. Виняток у цьому випадку становлять скарги щодо договорів купівлі-продажу концесій. Заявник може також просити трибунал не надавати допуск до певних доказів від третьої сторони; проте такою стороною повинен бути державний орган. Однак у випадках, коли скаржник не має можливості, права чи повноважень отримати докази або зіткнувся з відмовою від публічної влади, трибунал повинен докласти зусиль для витребування таких доказів. Однак трибунал повинен зробити це лише в тому випадку, якщо він вважає, що такі докази матимуть відношення до справи.

4.6.2 Докази, отримані від замовника

Коли скарга подається до трибуналу, замовник повинен забезпечити трибунал повною тендерною документацією. Цей матеріал забезпечує початкову основу для розгляду трибуналом скарги.⁵⁹

За вимогою трибуналу, замовник повинен надати повну тендерну документацію та його відповідь на скаргу заявника. Обсяг документації, яку повинен надати замовник може бути зменшений лише за відповідним розпорядженням трибуналу. Важливо, щоб замовник включив до матеріалів, що надаються трибуналу, інформацію, на якій він заснував своє рішення, що є предметом перегляду. Так як і заявник, замовник може подати і інші докази, що підтверджують його аргументи.

4.6.3 Докази, витребувані трибуналом

Крім доказів, представлених сторонами, трибунал повинен отримувати докази (якщо це можливо) з електронної системи закупівель, яка надає членам трибуналу доступ до всієї документації, поданої учасниками тендеру, а також оціночних рішень і рекомендацій замовника.

Після оцінки доказів, поданих заявником і замовником, трибуналу може знадобитися додаткова інформація, щоб прийняти рішення по суті скарги і встановити факти у справі. В такому випадку трибунал може запросити експертні висновки або висновки центральних/ місцевих органів влади, щоб оцінити особливості тендеру, зокрема, економічні та технічні критерії або умови.

Трибунал має утриматися від отримання доказів у ході приватних зустрічей з однієї зі сторін без присутності іншої сторони. Однак, в деяких випадках, за необхідності провести більш глибоке розслідування або розглянути складну процедуру закупівлі, може бути доцільним відвідати замовника за місцем його знаходження для отримання документальних доказів. Наприклад, у випадках, якщо замовник відмовляється надати запитувані документи. Письмові протоколи, а також копії документів, отримані в ході таких відвідувань, повинні бути доступні для заявника також.

⁵⁹ *Administrative Review Council, Better Decisions: review of Commonwealth Merits Review Tribunals, Report 39, 1995, p. 42. Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.*

Трибунал зобов'язаний завжди пам'ятати про правила прозорості при отриманні доказів. Як пояснювалося раніше, трибунал має право витребувати пояснення та інформацію від будь-якого органу центральної або місцевої влади, а також отримувати будь-які документи або докази, пов'язані з адміністративним розглядом. При отриманні доказів завжди необхідно пам'ятати про їх допустимість.

4.6.4 Витребування електронних доказів

У деяких юрисдикціях, як наприклад, в Україні, для розгляду скарг орган оскарження має право запитувати і отримувати в електронному вигляді у замовників, учасників процедури закупівлі, контролюючих органів, Уповноваженого органу, інших осіб відповідні інформацію, документи та матеріали щодо проведення процедур закупівель.

Порядок організації формування таких запитів та отримання інформації *через електронну систему закупівель* визначається органом оскарження. Замовники, учасники процедури закупівлі, контролюючі органи, Уповноважений орган, інші особи протягом трьох робочих днів з дня отримання запиту повинні надіслати в електронному вигляді органу оскарження відповідні інформацію, документи та матеріали щодо проведення процедур закупівель (Закон України «Про публічні закупівлі», частина 16 статті 18). Можливість подачі документів онлайн суттєвим чином збільшує активність учасників процедури оскарження. Наприклад, з моменту запровадження можливості онлайн участі в закупівлях та відповідно подання скарги онлайн, обсяг скарг суттєво зріс (приблизно на 95% з 2017 до 2019 року).

4.7 Розголошення доказів

Як правило, сторони мають право доступу до матеріалів справи, за винятком конфіденційної інформації. Стаття 6 ЄКПЛ вимагає розкриття всіх доказів у процесі перегляду і надає право всім сторонам висловитися за/проти виявлених доказів. З іншого боку, стаття 8 ЄКПЛ захищає комерційну таємницю, яка можуть залишатись трибуналом нерозкритою.⁶⁰

Проте, трибунал повинен надавати доступ сторонам до доказів, які були отримані або були надані трибуналу, якщо трибунал планує заснувати своє рішення на цих доказах. Трибунал може заздалегідь вибрати, які документи розголошувати повністю, а які окремими фрагментами. У разі прийняття трибуналом рішення про розголошення доказів, він зобов'язаний відповідним чином захистити конфіденційну інформацію, яка не може бути розголошена сторонам. До конфіденційних даних належать персональні дані, державна таємниця, і комерційні секрети, надані заявником або замовником. Персональні дані та державна таємниця не дуже часто використовуються як доказ у практиці процедур оскарження, таким чином, члени трибуналу повинні, в основному, зосередити свою увагу на захисті конфіденційної інформації.

4.8 Вагомість та оцінка доказів

Докази повинні бути ретельно проаналізовані і оцінені з метою встановлення всіх фактів. Важливо перевірити, звідки походять докази, звідки вони надійшли (справжність) і чи є вони точними. Як правило, докази, отримані від заявника, і докази, представлені замовником, повинні оцінюватися однаково, справедливо і прозоро. Оцінка сукупності доказів передбачає застосування логіки, здорового глузду і досвіду.

Як тільки трибунал зібрав докази, він повинен встановити факти із зібраних доказів. Питання, яке належить вирішити, полягає в тому, чи може трибунал, на підставі логічних доказів, обґрунтовано визначити, що конкретні заяви, цілком ймовірно, не відповідають дійсності.⁶¹ Якщо конкретний факт має значний вплив на остаточне рішення, то для його доведення можуть знадобитися додаткові докази. Вагомість доказів визначається з урахуванням усіх обставин/ доказів конкретної справи. Трибунал зобов'язаний оцінювати докази, отримані від заявника, замовника або витребувані самим судом. Виходячи з природи процедури перегляду, заяви сторін є завжди суперечливими і, таким чином, трибуналу необхідно зважувати докази для того, щоб вирішити, які з них слід прийняти.

⁶⁰ Рішення Суду ЄС від 14 лютого 2008, *Varec (C-450/06, ECR 2008, стор. I-581)*

⁶¹ *Decision Making: Evidence, Facts and Findings, Best-practice guide 3, Administrative Review Council, August 2007. p. 7-8. Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.*

Приклад

Заявник стверджує, що кваліфікаційні критерії носять дискримінаційний характер. Замовник стверджує, що кваліфікаційні критерії відповідають вимогам законодавства, і саме така кваліфікація необхідна для поставки товарів або послуг. Заявник надає аналіз ринку або експертний висновок, що показують, що тільки один або два учасники ринку відповідають необхідним критеріям, в той час як інші підприємства, що займаються наданням послуг, що є предметом тендеру, не можуть надати такі послуги, не відповідаючи зазначеним критеріям. У той же час замовник намагається спростувати ці докази просто своїми заявами. В такому разі доказам першої сторони слід надавати більшої ваги.

При цьому, не слід забувати, що аналізи ринків також можуть бути упередженими. Тому трибуналу треба буде враховувати ряд чинників при оцінці доказів. До таких факторів належать, наприклад, кваліфікація і репутація автора аналізу ринку, факти і дослідження, на яких заснований такий аналіз ринку, визначення ринку і його релевантність до даної галузі і т.д. При оцінці доказів трибунал повинен мати на увазі такі основоположні принципи закупівель, як прозорість, відсутність дискримінації, пропорційність, рівноправне ставлення і обов'язок належного застосування законодавства у сфері закупівель. До решти чинників, які слід враховувати, відносяться наступні:

- Дата формування доказів. Чи є доказ належними та допустимим? Наприклад, докази щодо попередньої ринкової практики в даній галузі.
- Джерело доказів. Заявник, замовник, або треті особи.
- Кваліфікація/досвід автора доказів, знання предмету обговорення. Яка у нього / неї освіта та чи є доказ обґрунтованим. Наприклад, висновок органу державної влади або спеціаліста в конкретній галузі.
- Репутація автора. Попередні відносини з автором і його / її позиції на ринку.
- Потенційна упередженість автора. Його/її відносини зі сторонами процесу.
- Інформація, на якій заснований документ. Чи відображає документ інформацію по даній справі? Чи актуальна інформація? Чи повна інформація або якась інформація відсутня?
- Сумісність документа з іншими доказами у справі. Чи відповідає документ фактами, раніше встановленим судом?
- Джерела інформації автора. Посилання та т.д.
- Можливість вивчення. Чи може трибунал задати автору питання, щоб перевірити деяку інформацію / отримати відомості?
- Загальний «тон» документа. Чи є він неупередженим? Наскільки документ заснований на особистій думці автора? Чи містить документ будь-які факти або це просто чиясь думка?
- Наскільки документ заснований на реальних фактах? Чи можна перевірити отримані відомості? Наприклад, якщо який замовник стверджує, що дискримінація відсутня, таке твердження має ґрунтуватися на реальних фактах.
- Мета складання документа. Чи існував цей висновок до виникнення спору, або документ був підготовлений виключно в цілях процедури перегляду?
- Порівняння документа з відомим справжнім документом. Порівняння з іншими існуючими документами аналогічної тематики.⁶²

⁶² *Weighting Evidence, Legal Services, Immigration and Refugee Board, 2003 Chapter 5.1., Адаптованого для цілей цієї допомоги*

4.9 Допустимість доказів

Питання про те, чи є докази допустимими можна розглядати як загальне питання справедливості. Кожна зі сторін повинна мати рівні можливості для подання доказів, і трибунал не може не визнавати докази однієї зі сторін, якщо такі докази подані із затримкою.⁶³ Якщо трибунал визнає докази однієї зі сторін, він повинен дозволити іншій стороні можливість спростувати такі докази.⁶⁴ Допустимість часто плутають з обґрунтованістю. Не всі обґрунтовані докази є допустимими. Проте, трибунал може розглянути докази, які є не тільки обґрунтованими, але і надійними, і немає ніяких причин вважати несправедливим представлення таких доказів трибуналу. Таким чином, інформація повинна бути допустимою. Якщо коротко, допустимість визначається одним із правил доказування.⁶⁵

В ході процедури перегляду публічних закупівель, питання про допустимість доказів може виникнути щодо показань, заснованих на твердженнях. Твердження можуть бути визначені, як констатація фактів або подій, заснованих на повідомленнях або записах, які особа чула, читала чи бачила по телевізору.⁶⁶ Наприклад, твердження може стосуватись маніпуляцій замовником кваліфікаційними вимогами на користь одного конкретного учасника тендеру. Трибунал зобов'язаний ретельно оцінити таке голосливе твердження, ставлячи питання, перераховані в попередньому розділі. Крім того, докази можуть бути відхилені, якщо вони були отримані незаконним або неправомірним шляхом. Чи може бути використано доказ, отриманий незаконно або неправомірно, є питанням національного законодавства.

4.10 Тягар доказування

Встановлення фактів є завданням сторін процесу, а трибунал зобов'язаний засновувати своє рішення на фактах, представлених сторонами. Саме сторони наводять факти та доводять такі факти, оскільки на них покладений тягар доказування. Однак, це означає те, що тільки сторони зобов'язані подавати обґрунтовані докази трибуналу, виходячи з яких трибунал зобов'язаний виносити своє рішення.

На теоретичному рівні існують відмінності між, по-перше, фактами, по-друге, доказами, і по-третє, законом. Під фактами розуміються дії, соціальні події або природні явища, щодо яких законом передбачено правові наслідки. Кожна сторона зобов'язана викладати факти, на яких ґрунтуються її вимоги або захист. Сторона повинна надати суду докази цих фактів або вказати, звідки можуть бути отримані докази. Це демонструє сутність «факту» і його відмінність від доказу. Норма права - будь-яка норма права - повинна виходити з факту або сукупності фактів.

Як правило, в адміністративному процесі, заявник повинен мати можливість довести свою правоту. Заявник не тільки має обов'язок представити факти, на яких ґрунтуються його вимоги, але і зобов'язаний довести факти, які підтверджують його вимогу. З іншого боку, якщо замовник не згоден з позицією заявника, він повинен довести справедливість своєї позиції. Таким чином, тягар доведення може переходити від однієї сторони до іншої. На стороні, яка має доступ до доказів, лежить тягар доведення їх трибуналу. Трибунал може також зобов'язати сторін представити ці докази.

На практиці це означає, що, незважаючи на те, що трибунал повинен встановлювати, чи були умови тендера дискримінаційними або чи були порушені правила процедури проведення тендеру, заявник повинен надати докази на обґрунтування своїх вимог.

⁶³ Patrice Garant and Philippe Garant; *The Tribunal Proceedings Relating to Employment Insurance, 2001., Chapter 3.* http://www.ae-ei.gc.ca/eng/board/tribunal/chapter_3.shtml.

⁶⁴ Patrice Garant and Philippe Garant; *The Tribunal Proceedings Relating to Employment Insurance, 2001., Chapter 3.* http://www.ae-ei.gc.ca/eng/board/tribunal/chapter_3.shtml.

⁶⁵ *A Manual for Ontario Adjudicators, Society for Ontario Adjudicators and Regulators, 2000., p. 105.*

⁶⁶ Patrice Garant and Philippe Garant; *The Tribunal Proceedings Relating to Employment Insurance, 2001., Chapter 3.3.6.* http://www.ae-ei.gc.ca/eng/board/tribunal/chapter_3-3-6.shtml

Особливо це проявляється, коли заявник стверджує, що ринкова практика доводить, що умови тендеру порушують правила закупівель. З іншого боку, розгляд формальних порушень, таких як ненадання тендерної документації в необхідному форматі або ненадання необхідних документів менш потребують додаткових доказів і в більшій мірі базуються на оцінці формальних доказів - правил закупівель та умов тендеру. Трибунал може окремо запросити експертну оцінку, для щоб встановити факти технічного характеру.

Приклади

- 1. Критерій присудження одного контракту, ймовірно, відноситься до положення в контрактних документах якого не існує.*
Трибунал зобов'язаний запитати замовника, де саме знаходиться дане положення.
- 2. Заявник стверджує, що ціни, представлені в обраній замовником тендерній пропозиції, занадто низькі. Контракт є договором підряду.*
Трибунал має проконсультуватися з експертом, чи є ціни заниженими.
- 3. Замовник відхилив тендер заявника. Замовник повідомив позивачеві про відмову разом з повідомленням, що він має намір укласти контракт з іншим учасником тендера. Позивач хоче, щоб трибунал скасував відмову. Заявник виявляє, що він забув подати заяву про скасування рішення про присудження контракту після закінчення терміну для такої заяви. Заявник звертається за відновленням строку і заявляє про помилку секретаря, який відправив неправильний документ. Водночас, правильний документ існував. Заявник стверджує, що він не тільки відправив заяву в паперовому варіанті, але також відсканував документи і відправив в електронному вигляді.*
Трибунал розглядає документ в форматі PDF і встановлює, що він не був створений за допомогою сканера, а був створений за допомогою текстового процесора. Таким чином, в той час коли позивач подав початкову заяву, документу, що містить правильну заявку, ще не існувало.
- 4. Замовник виконує процедури закупівлі військового маскуванню. Разом з тендерними пропозиціями, учасники тендеру повинні були представити зразок їхньої військового маскуванню. Замовник відхилив пропозицію заявника, оскільки зразок плавився при більш низькій температурі, ніж зазначено в договірних документах. Температура була 40 ° C. Трибунал поставив піддав зразок термічній обробці, щоб визначити, що маскуванню не плавиться при більш високій температурі, як було зазначено в документі.*

Орган оскарження може також звертатись до інших органів влади з рекомендаціями вдосконалити процес формування тендерної документації у спосіб виправлення системних проблем закупівлі, встановлених трибуналом в процесі розгляду спорів.

Приклад

Антимонопольний комітет України звернувся до Уповноваженого органу (Мінекономрозвитку) з рекомендаціями сформувати уніфіковані підходи (методології) до формування тендерної документації при закупівлі природного газу, електроенергії та нафтопродуктів (рекомендації АМКУ від 20.02.2020 № 4-рк, від 05.03.2020 № 5-рк, від 09.04.2020 № 17-рк), оскільки ринки нафтопродуктів, характеризуються достатньо розвинутою інфраструктурою точок роздрібною торгівлі та широким колом учасників. Разом з тим, скарги, що надходили до органу оскарження свідчили, що висока ступінь дискреції в діях замовників при формуванні тендерної документації призводила, по-перше, до штучного звуження ринку до одного потенційного учасника, а по-друге, до зростання ймовірності допущення учасників помилок в тендерних пропозиціях. Також, подібний підхід був застосований АМКУ і для розвитку конкуренції у сфері закупівель продуктів харчування та послуг ідалень (рекомендації від 31.03.2020 № 13-рк).

4.11 Висновки

Головним результатом роботи кожного трибуналу є винесення обґрунтованого для всіх рішення. Прийнятим шляхом винесення такого рішення є висловлення висновку на підставі поданих доказів, що встановлюють факти. Оскільки висновок повинен базуватись на доказах, трибунал зобов'язаний активно збирати і оцінювати всі наявні докази. Враховуючи це, трибунал визначає має бути проактивним в своїх намаганнях зібрати та оцінити всі докази. Також є важливим, щоб трибунал ідентифікував всі типи доступних доказів та джерела з яких такі докази можуть бути витребувані.

Докази можуть бути умовно поділені на документальні, показання свідків та побічні. Зокрема, докази, які подаються до розгляду, в основному складаються з документальних свідчень, таких як письмові докази та документи, пов'язані з підготовкою та подачею тендерної пропозиції. Показання свідків мають можуть також бути корисними, у разі якщо трибунал вважатиме за необхідне безпосередньо опитати сторони, свідків або експертів під час усного розгляду. При цьому, докази можуть бути прямими, і включати в себе письмову документацію і матеріальні докази по тендеру, безпосередньо пов'язані з тим, що одна зі сторін у справі бажає продемонструвати членам трибуналу. З іншого боку, докази можуть бути непрямими і в основному складатись з показань свідків та письмових показань, які використовуються для припущення про те, що одна зі сторін у справі бажає довести членам трибуналу. Побічні докази включають твердження і непрямі докази (використання відомостей про час, місце, або людей для припущення про факт або подію), наведення схожих фактів (фактів, які можна порівняти з оспорюваним фактом), а також фактичні припущення.

Незважаючи на те, що у деяких випадках доказів дуже багато і всі вони розглядаються сторонами процесу як основний метод для підтвердження своєї позиції, такі докази повинні бути допустимими. Іншими словами, трибуналом повинні бути розглянуті всі докази, які прямо або побічно пов'язані з фактом або питанням, які необхідно визначити і відповідь на яке приведе розгляд до логічного завершення. Однак, допустимість не слід плутати з обґрунтованістю - не всі докази, які є обґрунтованими, є допустимими. Визначення доказу допустимим або належним може розглядатися як питання загальної справедливості процесу. Якщо трибунал визнає докази однієї зі сторін, він повинен дозволити іншій стороні надати відповідні докази для спростування. Іншими словами, допустимість визначається згідно з правилами доказування.

Так як трибунал є дослідницьким органом, він повинен сам встановлювати факти у справі і, відповідно, може приймати рішення, не тільки виходячи з представлених сторонами доказів. Відповідно, високопрофесійні трибунали будуть приймати активну роль в отриманні додаткових доказів через доступні джерела, які можуть включати заявника, замовника, або інші джерела на розсуд трибуналу. Встановлення фактів є прерогативою сторін, а тому трибунал зобов'язаний обґрунтувати свої рішення на основі фактів, представлених сторонами. Важливо брати до уваги, що сторони повинні встановлювати факти і доводити їх, оскільки на них лежить тягар доказування. Загалом, заявник повинен мати можливість довести свою правоту, і зобов'язаний подати і довести факти, на яких ґрунтується скарга. І навпаки, якщо замовник не згоден з позицією заявника, він повинен довести справедливість своєї позиції, таким чином, тягар доведення може переходити від однієї сторони до іншої. У зв'язку з цим, у деяких складних випадках виникає значний обсяг доказів, які повинні бути проаналізовані і оцінені для визначення конфліктуючих тверджень щодо істотних фактів.

Сторони провадження мають право на доступ до матеріалів справи, за винятком конфіденційної інформації, і трибунал повинен розкривати сторонам докази, що стосуються справи, якщо він має намір встановлювати факти і засновувати своє рішення, виходячи з цих доказів. На протипагу цій вимозі, трибунал зобов'язаний також захистити інформацію, яка вважається «чутливою» за своєю природою. Протистояння цих двох положень відображене у статті 6 ЄКПЛ, яка вимагає, розкриття всіх доказів, і надання права всім сторонам висловлюватись за/проти таких доказів, та у статті 8 ЄКПЛ, яка навпаки, захищає комерційну таємницю, яка може зберігатись нерозголошеною трибуналом. Ці конфліктуючі положення історично зумовлюють ускладнення відносин між сторонами та трибуналом у контексті конференційної інформації на що ми звертаємо нашу увагу в наступному розділі.

Захист конфіденційної інформації

5.1 Огляд

Захист конфіденційної інформації та застосування методів для визначення інформації, як конфіденційної, є основною вимогою кожного замовника та трибуналу у сфері публічних закупівель. У цьому розділі розглядається захист конфіденційної інформації та методи, що застосовуються для визначення інформації як конфіденційної, зокрема, тест на конфіденційність. Крім того, докладно розглядаються види конфіденційною і неконфіденційною інформації, доступ до неї і забезпечення безпеки конфіденційною інформації. Щоб більш детально розглянути проблематику ситуацій, з якими члени трибуналу стикаються при виявленні конфіденційною інформації, наведено кілька прикладів практики, в яких застосовується тест на конфіденційність для ряду практичних сценаріїв проведення публічних закупівель. Для того, щоб помістити цю тему в загальний контекст, розділ починається з вивчення ролі трибуналу щодо захисту конфіденційною інформації. У цій главі розглядаються наступні поняття: захист конфіденційною інформації в процедурах перегляду; способи визначення інформації як конфіденційною; тест на конфіденційність; основні типи конфіденційною і неконфіденційною інформації при проведенні публічних закупівель; доступ до конфіденційною інформації, а також забезпечення фізичної безпеки конфіденційною інформації. Крім того, в розділі представлені кілька прикладів практики щодо застосування тестів на конфіденційність.

5.2 Конфіденційна інформація

В ході процедури щодо провадження трибунал несе відповідальність за захист конфіденційною інформації. До конференційною можна віднести інформацію про окремих осіб, щодо публічного інтересу інтересах, або стратегічну інформацію, яка пов'язана з комерційними інтересами замовника або учасників тендеру. Дана розділ присвячена комерційній чутливій інформації, яку трибунал повинен захищати в силу того, що цього вимагає закон або тому що така інформація визначена як конфіденційна (**конфіденційна інформація**) стороною, яка бере участь в процесі.

Обов'язок трибуналу захищати конфіденційну інформацію означає, що при розгляді скарг та аналізі документації, в тому числі поданих тендерних пропозицій та інформації, що надається замовником, а також при розгляді інших документальних доказів, трибунал зобов'язаний бути в змозі визначити, яка інформація є конфіденційною і відповідним чином ставитися до такої інформації. Іншими словами, трибунал зобов'язаний не розголошувати конфіденційну інформацію, він повинен забезпечувати фактичну безпеку документів або обмежити доступ до конфіденційних документів сторонніх осіб. Наступні приклади показують, що може статися, якщо трибунал не зможе захистити конфіденційну інформацію.

Приклади

1. Якщо трибунал не зможе захистити конфіденційну інформацію, роль замовника, як покупця, може бути скомпрометована. Постачальники в майбутньому можуть відмовитись в наданні конфіденційною інформації на шкоду процесу закупівлі, також може бути підірвана спроможність замовника ефективно вести переговори, щоб забезпечити найкраще співвідношення «ціни та якості».⁶⁷

67 Freedom of Information Act (Civil Procurement) Policy and Guidance, Office of Government Commerce, 2008, p. 9.

2. Крім того, якщо трибунал не може захистити конфіденційну інформацію, суб'єкти економічної діяльності можуть отримати відомості про ділову практику своїх конкурентів. Це, в свою чергу, може привести до дисбалансу чесної конкуренції на ринку.
3. Більш того, коли трибунал переглядає процедуру проведення тендеру, по якій ще не закінчено переговорний процес, він зобов'язаний зберігати імена учасників тендеру в таємниці до тих пір, поки замовник не оголосить про результати. Це дозволить уникнути прихованих домовленостей між учасниками тендеру, які є невігідними для замовника. В іншому випадку замовник не може продовжувати процедуру без ризику, що він не зможе досягти найкращого результату в ході переговорів.

Захист конфіденційної інформації може стати особливо важливим питанням щодо підготовки рішень та їх публікації на веб-сайті трибуналу. При підготовці рішення члени трибуналу повинні пам'ятати, яку інформацію, надану трибуналу, можна розголошувати третім особам і, отже, можна вказувати в рішенні. Може скластися так, що певна інформація буде викладена у варіанті рішення трибуналу для сторін, але така інформація повинна бути видалена з варіанта рішення для публікації в інтернеті. Така ситуація може виникнути тоді, коли сторона погоджується розголошувати конфіденційну інформацію іншій стороні у провадження, але не третім сторонам. Трибунал зобов'язаний дотримуватися принципу справедливого розгляду, який вимагає, щоб вся інформація, заснована на обставинах справи, доводилася до відома сторін. Однак, це не означає, що вся інформація буде або повинна бути розголошена громадськості.

В контексті процедури перегляду, конфіденційна інформація може включати інформацію:

- Використану учасниками для підготовки тендерної пропозиції. Наприклад, інформація про безпечну інфраструктуру.
- Про калькуляцію тендерів. Наприклад, ціни по позиціях специфікацій договору на виконання робіт.
- Що представляє собою частину тендерної заявки. Наприклад, подробиці оригінальної комерційної методики.
- Міститься в контракті. Наприклад, специфікації приміщення режимної організації, класифікованого, як об'єкт національної безпеки.⁶⁸

5.3 Яка інформація є конфіденційною?

Інформації може визначатись конфіденційної:

- На вимогу закону
- За визначенням трибуналу
- За визначенням замовника, учасника тендеру або заявника⁶⁹

5.3.1 Конфіденційна інформація - на вимогу закону

Деякі держави передбачили в своєму законодавстві зобов'язання трибуналів захищати інформацію, конфіденційну для публічних органів, розголошення якої може суперечити державним інтересам.⁷⁰ Інформація, позначена законом як конфіденційної - це інформація з класифікацією «державна таємниця» або «персональні дані».

⁶⁸ *Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3, Commonwealth of Australia, 2007, стор. 8 Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.*

⁶⁹ *Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3, Commonwealth of Australia, 2007, стор. 8 Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.*

⁷⁰ В Австрії, наприклад, є закон і норма, яка визначає засекречену інформацію, а також різні рівні захисту цієї інформації і заходи щодо її захисту.

5.3.1.1 Державна таємниця

Законодавство може визначати категорії інформації, які можуть бути віднесені до державної таємниці, а також може вимагати, щоб інформація була класифікована, як державна таємниця. Однак, ця інформація повинна бути класифікована відповідно до закону, виходячи з міркувань національної безпеки. Інтереси, що стосуються національної безпеки, включають в себе: незалежність, територіальну цілісність, конституційний лад і зовнішні зв'язки. Національне регулювання може забезпечувати різні рівні захисту інформації, наприклад, «обмежений доступ», «конфіденційно», «секретно» або «цілком таємно». Трибунал зобов'язаний враховувати правила безпеки, визначені для відповідної інформації. Однак існують категорії інформації, які не можуть бути віднесені до державної таємниці з причин того, що така інформація є важливою для громадських інтересів.

Ці причини включають в себе:

- Приховування порушень закону, неефективності або помилки органів адміністрації
- Позбавлення особи, організації або установи права на інформацію
- Перешкоджання або затримка надання інформації, яка не вимагає захисту в інтересах національної безпеки

5.3.1.2 Персональні дані

Члени трибуналу можуть звертатися до закону про захист персональних даних при роботі з певними «конфіденційними даними» в ході процедури перегляду. Закон визначає, що конфіденційні дані - це будь-яка частина інформації, пов'язана з фізичною особою, щодо його расової або етнічної приналежності, політичних переконань, членства в профспілках, релігійних або філософських переконань, кримінального переслідування, а також дані про здоров'я і сексуальне життя. Персональними даними необхідно використовувати відповідно до закону про захист персональних даних. З огляду на той факт, що рішення трибуналу публікуються, персональні дані, які містяться в рішенні, повинні бути недоступними в опублікованій версії рішення.

5.3.2 Конфіденційна інформація - за визначенням трибуналу

Коли трибунал аналізує документи у справі, які включають в себе інформацію, надану замовником та учасниками тендеру, трибунал може виявити, що деяка інформація є конфіденційною, хоча вона не була позначена такою будь-якої зі сторін. Щоб визначити конфіденційність, трибунал має провести тест на конфіденційність.

5.3.3 Конфіденційна інформація - за визначенням третіх осіб

Як правило, заявник, замовник або будь-яка інша сторона процесу відносять свої комерційні секрети до конфіденційної інформації. Комерційні секрети потрапляють під дію статті 8 ЄКПЛ, що спрощує нерозголошення відповідно до статті 6 ЄКПЛ. Таким чином стає можливим збалансувати два основоположних права на одному рівні.

Інформація, яка повинна бути розкрита в силу закону або пов'язана з порушенням закону (-ів), добросовісної ділової практики і принципів ділової етики, не розглядатиметься як комерційна таємниця. Розголошення інформації може бути правомірним, якщо метою такого розголошення є захист публічних інтересів. Інші основні категорії конфіденційної інформації стосуються прав інтелектуальної власності, наприклад, авторських прав, патентів, ліцензій. Захист чесної конкуренції може вимагати захисту комерційних секретів, так як одна зі сторін процедури перегляду, яка є суб'єктом економічної діяльності, може спробувати отримати інформацію про торгівлю конкурента на тому ж ринку і отримати комерційну / конкурентну перевагу.

Трибунал зобов'язаний оцінювати в кожному конкретному випадку індивідуально, чи є виправданим віднесення інформації до конфіденційної замовником або заявником. При прийнятті рішення щодо

конфіденційності інформації, трибунал повинен бути незалежним від рішень щодо конфіденційності інформації, прийнятих у інших провадженнях.⁷¹ Навіть, якщо замовник відносить інформацію до конфіденційної, трибунал має право прийти до протилежного висновку. Важливо визначити, яка інформація є конфіденційною. Для цього трибуналом має бути проведений тест на конфіденційність.

5.3.4 Тест на конфіденційність

Тест на конфіденційність складається з чотирьох критеріїв, заснованих на правових принципах, які необхідно дотримуватися, щоб визначити, чи є інформація заявника/замовника конфіденційною.

Критерій 1: Інформація, яка підлягає захисту, повинна ідентифікованою

Трибунал зобов'язаний визначити, яка конкретна інформація на законних підставах підлягає захисту від розголошення. Вимога про включення того чи іншого положення в договір, який говорить, що вся інформація є конфіденційною, не проходить цей тест.

Приклади

1. Окремі елементи інформації, такі, як ціна, повинні розглядатися окремо. Ці елементи зазвичай розглядаються як конфіденційні.

Крім того, інформація повинна бути послідовно визначена як конфіденційна. Інформація, яка вже була розголошена як частина тендерної документації або інформація, яка доступна громадськості (торгові реєстри), не може бути класифікована як конфіденційна в ході процедури перегляду. І навпаки, навіть якщо оціночна вартість контракту захищена від розголошення, учасники тендеру все одно повинні будуть підготувати свої тендерні пропозиції та провести переговори із замовником.
2. Замовник закуповує електронну систему для централізації внутрішньої комунікації в університеті. Система повинна бути здатною мати справу з усіма типами зв'язку, включаючи телефонію, електронну пошту і телефакс. Ця система повинна включати телефонну книгу і програмний модуль для Microsoft Outlook, щоб дозволити користувачеві здійснювати телефонні дзвінки за допомогою цієї телефонної книги. Тендерна документація містить перелік апаратного і програмного забезпечення, що використовуються замовником, для того щоб надати інформацію про доступні технічні ресурси та для того щоб вказати, на яких системах повинен бути застосований програмний модуль.⁷² Трибунал може розголошувати інформацію по апаратному та програмному забезпеченню замовника, оскільки вона вже була опублікована в контрактній документації.

Критерій 2: Інформація повинна бути комерційно «чутливою» і не загальновідомою

Спеціальна інформація повинна бути комерційно «чутливою» і не повинна бути у відкритому доступі. Вимога сторони захищати інформацію як конфіденційність комерційної інформації має бути обґрунтована об'єктивною підставою і доказами того, що інформація є чутливою. Це може стосуватися планів будівництва обладнання або інших технічних секретів, які учасник тендеру розголошує тільки замовнику.

⁷¹ *Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3, Commonwealth of Australia, 2007, стор. 9. Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.*

⁷² *Приклад взятий зі справи Федерального агентства по закупкам (BVA 22. 1. 2013, N / 0114-BVA / 07 / 2012-24).*

Приклад

Учасник тендеру представляє технічні плани для деталей, які поставляються. Даний продукт був розроблений учасником тендеру, який володіє патентами. Ця інформація є комерційною таємницею.

Критерій 3: Розголошення інформації може завдати значної шкоди її володільцю/ іншій стороні
Сторона, яка бажає віднести будь-яку інформацію до конфіденційної, як правило, буде намагатися ідентифікувати реальний ризик нанесення шкоди комерційним інтересам у зв'язку з її розголошенням, що призведе до необґрунтованого збитку.

Приклад

Розкриття списку інтернет-цін не заподіє шкоди власнику. Однак розкриття інформації про ціни, яка показує розмір прибутку учасника тендеру, може мати негативний вплив. З іншого боку, може виявитися необхідним розкрити саме цю інформацію, якщо аномально низькі ціни є предметом процедури перегляду.

Критерій 4: Інформація була надана за умови збереження її конфіденційності

Цей критерій вимагає розгляду обставин, в яких інформація була надана. Крім того, критерій з'ясування чи було взаємне, пряме або непряме розуміння того, що конфіденційність буде збережена. Терміни, що містяться у запиті документації та у проектах договорів, будуть впливати на розгляд обставин.

Приклад

Запит на тендер і проект контракту, які містять конкретні положення про конфіденційність, будуть свідчити про переконаність учасника тендера в тому, що замовник погодився прийняти інформацію з розумінням того, що вона буде залишатися конфіденційною.

Наприклад, технічна документація, з докладним викладом конкретного методу виробництва або проект концепції комп'ютерної програми, надається з урахуванням припущення, що вона буде розглядатися як конфіденційна інформація.⁷³

5.4 Приклади конфіденційної інформації

До категорій інформації, які можуть відповідати вимогам тесту на конфіденційність, відносяться:

- Внутрішня інформація про собівартість або розмір прибутку
- Інформація, яка є власністю фірми, наприклад, інформація про те, як реалізується певне технічне або комерційне рішення
- Структура ціни/цінові відомості, якщо ця інформація буде розкривати, чи отримав заявник прибуток або зазнав збитків у зв'язку з поставкою конкретного товару або послуги
- Інформація, яка отримана від постачальників, і не є загальнодоступною, наприклад, інформація про майбутні продукти, плани досліджень, фінансові деталі
- Фінансові моделі для комплексних робіт і докладні моделі того, як буде здійснюватися управління рухом готівки для замовника і постачальника протягом дії контракту

⁷³ Критерії були взяті з - *Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3 Commonwealth of Australia, 2007, стор. 10. Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission, адаптованого для цілей даного посібника.*

- Художні, літературні чи культурні секрети, включаючи фотознімки, історичні рукописи або секрети місцевих культур
- Інтелектуальна власність, в тому числі комерційна таємниця, та інші об'єкти інтелектуальної власності, якщо вони стосуються конкурентної позиції потенційного постачальника⁷⁴

Інші категорії інформації, які відповідають вимогам тесту на конфіденційність включають: торговельні секрети та інші комерційно чутливі відомості, широко невідомі на ринку, які забезпечують комерційну перевагу, і розголошення яких може завдати шкоди учаснику тендеру або комерційним інтересам замовника, і захищаються учасником тендеру, а також інформацію, яку можна буде розглядати як комерційну таємницю і, тому, можна кваліфікувати як комерційно чутливу інформацію. Учасники тендеру також можуть звернутися за захистом іншої комерційної інформації, наприклад, плану майбутніх інвестицій учасника тендеру, а також інтелектуальної власності чи іншої комерційно чутливою інформацією, що належить державі.

У випадку якщо мова йде про інтелектуальну власність або іншу комерційно чутливу інформацію, яка належить державі, замовник має вирішити питання про доцільність віднесення такої інформації до конфіденційної у конкретній закупівлі. Якщо замовник не зробить цього, трибунал за необхідності повинен захистити цю інформацію, визначивши її як конфіденційну.

5.5 Інформація, яка не є конфіденційною

Якщо розкриття тендерних пропозицій проводиться відкрито для учасників тендеру та громадськості, то озвучена інформація не може розглядатися як конфіденційна.⁷⁵ Приклади комерційної інформації, яка, як правило, не буде вважатися конфіденційною включають:

- Інформацію, яку можна отримати з широкодоступних джерел
- Фінансові гарантії та гарантії виконання
- Компенсації
- Загальні ціни
- Знижки, заздалегідь оцінені збитки і компенсації
- Заходи щодо виконанню
- Положення, які описують, як поводитися з правами інтелектуальної власності
- Платіжні домовленості⁷⁶

Проте трибунал не повинен розглядати ці приклади як не конфіденційну інформацію автоматично без проведення тесту на конфіденційність.

⁷⁴ *Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3, Commonwealth of Australia, 2007, стор. 114 (Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission) and Freedom of Information Act (Civil Procurement) Policy and Guidance, Office of Government Commerce, 2008, стор. 28-30, адаптованого для посібника.*

⁷⁵ *Якщо інформація, що міститься в тендерах оцінюється із застосуванням критеріїв присудження контракту, виходячи з аспектів прозорості, вона повинна бути озвучена під час розтину тендера*

⁷⁶ *Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3, Commonwealth of Australia, 2007, стор. 116 (Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission) and Freedom of Information Act (Civil Procurement) Policy and Guidance, Office of Government Commerce, 2008, стор. 28-30.*

5.6 Як відносити інформацію до конфіденційної?

Останнім часом якщо замовник та учасники не класифікують документи та інформацію як конфіденційну, відповідно, виникає спірне питання, чи може трибунал розголошувати ці документи і цю інформацію. Трибуналу рекомендується бути готовим до вимоги оцінювати документами або інформацію як з конфіденційну та скласти загальні рекомендації щодо визначення конфіденційної інформації для сторін процесу.

Наприклад, трибунал може порадити сторонам процесу, що, якщо вони хочуть визначити певну інформацію як конфіденційну, вони повинні подати трибуналу дві версії документу, а саме з конфіденційну версію і неконфіденційну версію. Конфіденційну версію, яка містить всю інформацію, в тому числі конфіденційну інформацію, з позначкою «конфіденційно», і не конфіденційну версію тих же документів, в яких конфіденційна інформація відсутня. У конфіденційній версії всі конфіденційні частини документа повинні бути позначені за допомогою жирного шрифту або квадратних дужок і т.д. Трибунал має розглянути питання про підготовку та публікацію прикладів такої документації для учасників тендерів.

Крім того, трибунал може відмовити в наданні статусу конфіденційності, в цілому або в якійсь частині, якщо інформація не пройшла тест на конфіденційність. Якщо трибунал прийме таке рішення, сторони, що подає цю інформацію, буде надана можливість відкликати документ або надати належне пояснення тому, чого присвоєння такого статусу є необхідним. Якщо наводиться адекватне пояснення, інформація повинна розглядатися і зберігатися як конфіденційна в адміністративному файлі справи трибуналу. Якщо обґрунтування не є достатнім, і сторона не відкликає інформацію / документ, така інформація може стати частиною адміністративної документації.

Однак, цілком ймовірно що конфіденційна інформація вже надана замовнику у скарзі заявника або у самій тендерній пропозиції. Якщо замовник дотримується правил конфіденційності, трибунал також буде дотримуватися його і діяти відповідним чином, щоб захистити таку конфіденційну інформацію, якщо тільки ця інформація не є вирішальною для результатів процедури перегляду.

5.7 Доступ до конфіденційної інформації

Відповідно до вимог до конфіденційної інформації, така інформація не повинна розголошуватися третім особам, крім членів трибуналу, за умови, що раніше не надходило спеціального дозволу від володільця цієї інформації або його законного представника. Однак, це правило не поширюється на осіб, які за законом зобов'язані зберігати в таємниці таку інформацію, і на випадки, коли таке розголошення вимагається законом. Спеціальний дозвіл володільця інформації на її розголошення, очевидно, дасть зелене світло трибуналу.

Цей засіб може бути дуже практичним, особливо в тих випадках, коли певна інформація повинна бути розкрита експерту. Якщо трибунал призначає експерта, ця особа стає органом трибуналу. Таким чином, експерт повинен мати право переглянути всі документи і мати доступ до всієї інформації, яка міститься в справі - навіть до конфіденційної інформації. Будучи органом трибуналу, експерт повинен бути зобов'язаним зберігати конфіденційну інформацію згідно з вимогами процесуального права. Якщо експерт не має зобов'язання зберігати інформацію конфіденційною згідно із законом, то доцільним є складання угоди про конфіденційність. Якщо процедура перегляду має наслідковий характер, то обов'язок трибуналу вирішити, яка інформація повинна бути розкрита сторонам. У таких випадках трибунал зобов'язаний застосовувати тест на конфіденційність і зіставити конфіденційність з правами, що випливають із принципів справедливого розгляду, згадані в першому розділі.

Отже, конфіденційна інформація повинна візуально вирізнятися від інших документів у справі, і повинна бути запечатана в конверті, позначена за допомогою тінювого або колірного редактора або

іншим чином виділена в документі. Крім того, якщо до трибунал подана заява про розкриття конфіденційної інформації, така вимога має бути відхилена, окрім випадків коли особа, яка запросила таку інформацію, підпадатиме під виключення, зазначені вище. Більш того, жодна особа або організація не повинні мати доступ до справи, за винятком випадків, коли член трибуналу вирішує, що деякі частини справи можуть бути розкриті. Конфіденційна інформація не повинна міститися в рішенні трибуналу. Рішення може посилатися на конфіденційну інформацію, але її зміст не повинен бути розкритий. Однак, нерозголошення цієї інформації може порушувати принцип справедливого судового розгляду в контексті статті 6 ЄКПЛ. Ця тема буде розглянута далі більш детально на прикладах судової практики, представлених в кінці цієї глави.

У деяких країнах доступ до конфіденційної інформації може бути надано адвокату сторони, який також повинен дотримуватися зобов'язання про дотримання професійної конфіденційності, якщо він не знаходиться в ділових або правових відносинах зі сторонами (крім надання конкретних юридичних послуг), так як існує невелика ймовірність того, що адвокат може використовувати цю інформацію для своєї вигоди або вигоди іншої сторони. Тим не менше, використання цього права може розглядатися як обмежене, так як адвокату заборонено розголошувати інформацію його / її клієнту, а дозволено тільки покладатися на таку інформацію в своїх доводах. Важливо відзначити, що це може порушити довіру між адвокатом і його клієнтом. З цієї причини, в більшості країн адвокату надається та сама інформація, якою володіє і клієнт.

5.8 Інформаційна безпека

Фізична безпека документів є важливим аспектом для уникнення витоків інформації. Відсутність безпеки може відлякувати учасників тендерів або знижувати детальність і обсяг наданої ними інформації, при цьому обидва ці наслідки - мають негативний вплив для замовників.⁷⁷

Якщо трибунал не запровадив заходи забезпечення інформаційної безпеки та зберігання матеріалів, це може привести до ряду проблем. Документи можуть бути загублені, що вимагатиме від компаній, які подали їх, надавати додаткові копії документів, і може поставити під сумнів процесуальну діяльність і професіоналізм трибуналу. Інша проблема може виникнути, якщо з документів, що містять конфіденційну комерційну пропозицію, робляться копії, і не створюється безпечна зона або окремий файл для їх зберігання. В результаті неможливим може стати відстеження документів і місця їх знаходження. Щоб уникнути перерахованих вище ситуацій, трибунал зобов'язаний встановлювати чіткі заходи фізичного захисту для поводження з документами, що стосуються процедури перегляду. Повинні застосовуватися такі правила:

- В ході провадження необхідно вести дві окремі справи - відкриту і закриту. У відкритій справі не повинно знаходитися документів, що містять конфіденційну інформацію,⁷⁸ а якщо ведеться лише одна справа, конфіденційні документи повинні бути окремо запечатані в конверт. У разі якщо декілька сторін мають право ознайомитися з різними частинами конфіденційних документів, необхідно використовувати декілька конвертів.
- Доступ до документів повинен бути обмежений, лише для уповноважених співробітників.
- Трибунал зобов'язаний забезпечити такий режим документообігу, який не допускав би внос документів або копій з приміщень трибуналу.⁷⁹
- Повинні вестися записи про доступ до документів, що містять конфіденційну інформацію.

Трибунал також має розглянути і можливість впровадження заходів електронної безпеки, фіксації процесів. Трибунал має забезпечити можливість подавати заяви у електронній формі, захист бази

⁷⁷ *Guidance on Ethics and Probity in Government Procurement, Financial Management Guidance No. 4, Commonwealth of Australia, 2005, стор. 21. Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission*

⁷⁸ *Guideline, Designation, Protection, Use and Transmission of Confidential Information, Canadian International Trade Tribunal, 2006, стор. 4.*

⁷⁹ *Guidance on Ethics and Probity in Government Procurement, Financial Management Guidance No. 4, Commonwealth of Australia, 2005, стор. 21.*

даних, що зберігаються в локальних мережах, включаючи сховище жорстких дисків зберігання конфіденційної інформації, а також провести видачу спеціальних паролів тим, кому дозволений доступ до цієї інформації.⁸⁰ Більш суворий підхід до передачі документів в електронному вигляді полягає в забороні відправки будь-якої конфіденційної інформації по факсу або електронною поштою. Електронна пошта повинна використовуватися тільки для передачі офіційних документів, тобто документів, що не містять будь-яку конфіденційну інформацію третіх осіб.⁸¹ Для досягнення більш високого рівня безпеки, трибуналу доцільно зберігати електронну інформацію на носіях, які не підключені до інтернету або локальної мережі. Щоб забезпечити найвищий рівень фізичної безпеки, дані повинні зберігатися на носії окремо від комп'ютера в надійному місці. Крім того, можуть застосовуватися методи шифрування даних. Відповідно до найвищого рівня захисту, інформація не повинна зберігатися в електронному вигляді, а тільки в паперовому в місці, безпека якого забезпечується на найвищому рівні.⁸²

Перебуваючи на державній посаді, члени трибуналу повинні дотримуватися зобов'язання не розголошувати і не дозволяти розголошення будь-яким особам, відому ім конфіденційну інформацію, а також не надавати у будь-який спосіб конфіденційну інформацію діловому конкуренту учасників тендеру. Це зобов'язання члени трибуналу повинні продовжувати дотримуватися, навіть якщо вони вже не перебувають на державній службі, і не працюють в трибуналі.⁸³

5.9 Конфіденційність в сфері публічних закупівель відповідно до законодавства ЄС

5.9.1 Загальні правила закупівель

Основні правила публічних закупівель ЄС визначені «Директивою 2004/18 / ЄС» («Директива про закупівлі у сфері комунального господарства»)⁸⁴ і «Директивою 2004/18 / ЄС» («Загальна директива»)⁸⁵ (спільно іменовані «Директиви щодо закупівель»). Директиви щодо закупівель забезпечують лише загальне регулювання щодо порушення конфіденційності у процедурі оскарження. Стаття 6 «Загальної директиви» і стаття 13 (2) «Директиви про закупівлі у сфері комунального господарства» встановлюють:

"Не обмежуючи змісту положень цієї Директиви, зокрема тих, які стосуються зобов'язань, пов'язаних з розголошення результатів тендеру та інформації для учасників тендерів, викладених в статтях 35 (4) [Стаття 43 «Директиви про закупівлі у сфері комунального господарства»] і 41 [Стаття 49 «Директиви про закупівлі у сфері комунального господарства»], і відповідно до національного законодавства, суб'єктом якого є замовник, замовник не повинен розголошувати інформацію, передану йому суб'єктами підприємницької діяльності, яку вони про визначили конфіденційною; така інформація включає, зокрема, технічні або комерційні секрети і конфіденційні аспекти тендерів."

Виходячи з цих положень Директив щодо закупівель, замовники повинні зберігати конфіденційну інформацію, позначену такою суб'єктами підприємницької діяльності (учасниками тендеру). З іншого боку, посилання на національне законодавство передбачає, що інформація може бути

⁸⁰ *Guidance on Ethics and Probity in Government Procurement, Financial Management Guidance No. 4, Commonwealth of Australia, 2005, стор. 21. Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission*

⁸¹ *Guideline, Designation, Protection, Use and Transmission of Confidential Information, Canadian International Trade Tribunal, 2006, стор. 4.*

⁸² *Див., Наприклад, Закони Австрії щодо захисту інформації*

⁸³ *Guideline, Designation, Protection, Use and Transmission of Confidential Information, Canadian International Trade Tribunal, 2006, стор. 6.*

⁸⁴ «Директива 2004 / 17ЄС Європейського парламенту і Ради ЄС» від 31 березня 2004 координує процедури закупівель підприємств працюють у сфері води, енергетики, транспорту і поштових послуг.

⁸⁵ «Директива 2004 / 17ЄС Європейського парламенту і Ради ЄС» від 31 березня 2004 координує процедури з присудження контрактів цивільного будівництва, контракти державної поставки і контракти на побутове обслуговування.

розкрита, коли це передбачено національним законодавством. Наприклад, обов'язки щодо розкриття інформації у державах-членах ЄС. На додаток до загального регулювання, Директиви щодо закупівель містять прямі положення про конфіденційність, які стосуються конкретних аспектів закупівель. До них відносяться:

5.9.1.1 Захист конфіденційної інформації, наданої замовником

Стаття 13 (1) «Директиви про закупівлі у сфері комунального господарства» встановлює: «У контексті надання технічних специфікацій для зацікавлених суб'єктів економічної діяльності, кваліфікації та вибору суб'єктів економічної діяльності і присудження контрактів, замовники можуть встановлювати вимоги щодо захисту інформації конфіденційного характеру, яку вони розкривають»

5.9.1.2 Захист «чутливої» інформації, наданої суб'єктами економічної діяльності в ході процедури переговорів.

Стаття 29 (3) «Загальною Директиви» і стаття 13 (2) «Директиви про закупівлі у сфері комунального господарства» визначає, що «замовники не можуть розкривати іншим учасникам пропозиції або іншу конфіденційну інформацію, представлена учасником в ході переговорів, без його згоди»

5.9.1.3 Захист «чутливої» інформації в контексті процедури рамкової угоди.

Стаття 35 (4) «Загальною Директиви» встановлює «деяка інформація про присудження контракту або укладення рамкової угоди може бути виключена з публікації в випадках, коли видання і випуск такої інформації буде перешкоджати виконанню закону або іншим чином суперечити суспільним інтересам, може завдати шкоди законним комерційним інтересам суб'єктів економічної діяльності (державним або приватним) або може перешкодити чесній конкуренції між ними».

5.9.2 Прецедентне право ЄС про конфіденційність в сфері публічних закупівель

В цілому, Директиви щодо закупівель не забезпечують детальне регулювання в процесі розгляду заяв з конфіденційною інформацією. А тому, прецедентне право європейських судів є особливо важливим. Основним прецедентом Європейського суду правосуддя («ЕСП») щодо конфіденційності в контексті публічних закупівель є справа «Varec v. Belgium»⁸⁶

Varec v. Belgium: обставини справи

- A. Держава Бельгія (як замовник) оголосила тендер на поставку колій для танків «Леопард». Два учасники тендера подали заявки, компанії Varec і Diehl. При оцінці тендерних пропозицій, замовник вирішив присудити контракт компанії Diehl, бо вважав, що пропозиція Varec не відповідає технічним критеріям.
- B. Компанія Varec оскаржила рішення про присудження контракту і запросила, щоб справа, передана до органу оскарження (Conseil d'Etat - Державна рада), була доповнена тендером компанії Diehl. Держава Бельгія додала тендер Diehl до справи, але не змогла представити деякі документи, які були повернуті компанії Diehl відповідно до її запиту.

⁸⁶ Рішення Європейського суду від 14 лютого 2008, Varec (C-450/06, ECR 2008 стр. I-581)

За твердженням замовника, якщо ця інформація знадобиться, то необхідно запросити її безпосередньо у компанії Diehl. Держава Бельгія також зауважила, що компанії Varec і Diehl знаходяться в суперечці щодо прав на інтелектуальну власність щодо предмета тендеру.

- C. Компанія Diehl повідомила орган оскарження, що версія її тендеру, яка була надана державі Бельгія, містила конфіденційні дані та інформацію, і, пояснила, що така інформація не повинна бути доступна третім сторонам, включаючи компанію Varec, яка буде мати можливість вивчити конфіденційну інформацію, що відноситься до комерційних секретів, включених у тендер. За твердженням компанії Diehl певні положення її тендерної пропозиції містили спеціальні дані, а саме детальні проекти виробничих планів, а також опис виробничого процесу.
- D. Орган попередньо вирішив, що рішення про присудження контракту має бути анульоване на тій підставі, що «через відсутність співпраці відповідача [державі Бельгія] в обґрунтованому здійсненні правосуддя і процесуальній справедливості, єдиною можливою санкцією є скасування адміністративного заходу, законність якої не встановлена, оскільки документи виключаються з розгляду»
- E. Держава Бельгія не погоджувалась з таким висновком і заявляла про конфіденційність тендерної документації компанії Diehl.
- F. Орган оскарження вирішив призупинити розгляд і передати питання Європейського суду справедливості для вирішення наступного питання: «Чи повинні стаття 1 (1) [« Директиви 89/665 »] до статті 15 (2) [« Директиви 93/36 »] і Стаття 6 [« Директиви 2004/18»], тлумачитись так, що відповідальний за перегляд орган зобов'язаний забезпечити конфіденційність і збереження комерційної таємниці в файлах, переданих йому сторонами у справі, в тому числі замовником, і в той же час має право бути обізнаним про таку інформацію і приймати її до уваги?»

Varec v Belgium: аналіз Європейського суду справедливості

- A. Європейський суд спочатку проаналізував застосування «Загальної директиви» в справі. Однак, так як вона не вступила в силу на момент проведення тендеру, то трибунал повинен був застосовувати положення «Директиви 89/665». Так як директива прямо не регулює захист конфіденційної інформації, то Європейському суду необхідно було звернутися до загальних положень директиви (до статті 1 (1)).
- B. Європейський трибунал визнав, що основною метою норм Співтовариства у сфері державних закупівель є: відкриття державних закупівель для чесної конкуренції у всіх державах-членах. Аби досягти цього об'єктивно, важливо, щоб замовники не оприлюднювали інформацію, яка може бути використана для порушення конкуренції у цій чи наступних процедурах.
- C. Суд зазначив, що процедура присудження контракту заснована на довірі між замовником та учасниками. Учасники повинні мати можливість передавати будь-яку відповідну інформацію замовнику, без побоювання, що останній повідомить третім сторонам інформацію, розкриття якої може завдати таким учасникам шкоди. Відповідно, Стаття 15 (2) «Директиви 93/36» [замінена «Загальною Директивою»] замовники зобов'язані у повній мірі поважати конфіденційний характер будь-якої інформації, наданої учасниками.
- D. В конкретному контексті інформування учасника тендера про причини відхилення його заявки або тендеру, «Директива 93/36» надає замовникам право на свій розсуд не надавати окрему інформацію, розкриття якої може порушити законні комерційні інтереси окремих публічних або приватних підприємств або негативно вплинути на дотримання справедливої конкуренції між постачальниками.

- E. Ефективність буде порушена, у процедурі оскарження рішення замовника, вся інформація щодо цієї процедури присудження буде беззастережно доступною скаржникові. В таких випадках, саме лише оскарження надасть доступ до інформації, яка може бути використана для забезпечення певних конкурентних переваг, або іншим чином порушить законні комерційні інтереси суб'єктів економічної діяльності, які беруть участь в даній тендерній процедурі. Така можливість може навіть сприяти тому, що суб'єкти економічної діяльності подаватимуть скарги виключно з метою отримання доступу до комерційних таємниць їх конкурентів.
- F. В ході перегляду орган, орган оскарження, приймає на себе зобов'язання замовника, встановлені в «Директиви 93/36», щодо належного ставлення до конфіденційності інформації. Вимога «ефективного перегляду», відповідно, накладає на орган оскарження обов'язок вжити заходів, необхідних для забезпечення ефективності цих положень. Звідси випливає, що у процедурі перегляду тендеру, орган оскарження, повинен мати можливість вирішувати, що інформація у справі не повинна бути передана сторонам або їхнім представникам, якщо це необхідно для забезпечення захисту справедливої конкуренції або законних інтересів суб'єктів економічної діяльності, як того вимагає законодавство ЄС.
- G. Європейський суд з прав людини неодноразово заявляв, що змагальний характер процесу є одним з факторів, який дозволяє оцінити його справедливість, але він повинен застосовуватися з дотриманням інших прав і інтересів. Принцип змагальності, як правило, означає, що сторони мають право на процес перевірки та обговорення доказів, а також доводів, представлених суду. Однак, в деяких випадках може бути необхідно, щоб певна інформація була прихована від сторін з метою забезпечення прав третьої сторони або для захисту важливих суспільних інтересів (див. *Rowe and Davis v The United Kingdom* [GC] no 28901/95, §61, ECHR 2000-II, і *V v Finland* no 40412/98, §75, ECHR 2007- ...).
- H. Дотримання справедливої конкуренції, в контексті процедури присудження контракту, є важливим суспільним інтересом. Звідси випливає, що в контексті перегляду рішень, прийнятих замовником, принцип змагальності не означає, що сторони мають право на необмежений і абсолютний доступ до всієї інформації, що відноситься до тендерної процедури і яка була представлена трибуналу. Навпаки, це право доступу має бути врівноважене правом інших суб'єктів економічної діяльності щодо захисту їх конфіденційної інформації та їх комерційних таємниць.
- I. Принцип захисту конфіденційної інформації та комерційних таємниць повинен дотримуватися, в тому числі, з урахуванням вимог ефективного правового захисту, а також повинні дотримуватися права на захист сторін в спорі (див. за аналогією справу *C-438/04 Mobistar* [2006] ECR I -6675, параграф 40); і в разі судового розгляду або перегляду іншим органом, судом або трибуналом, за визначенням статті 234 ЄС, має бути забезпечено загальну відповідність судового процесу праву на справедливий судовий розгляд.
- J. Беручи до уваги можливість настання дуже серйозної шкоди, яка може бути заподіяна в результаті передачі певної інформації конкуренту, орган оскарження повинен, перш ніж передавати цю інформацію сторонам у справі, надати зацікавленому суб'єкту економічної діяльності можливість заявити, що ця інформація є конфіденційною або є комерційним секретом (див. по аналогії, *AKZO Chemie* і *AKZO Chemie UK v Commission*, параграф 29).
- K. Таким чином, відповіддю Європейського суду справедливості було: «Стаття 1 (1) «Директиви 89/665», що має читатись спільно зі Статтею 15 (2) «Директиви 93/36», повинні бути витлумачені як підтвердження того, що орган оскарження, повинен гарантувати захист конфіденційності і комерційної таємниці, що міститься в матеріалах справи і передана сторонами, зокрема

замовником. Саме орган оскарження повинен вирішувати, в якій мірі та за допомогою яких методів доцільно захищати конфіденційність і таємність інформації, з урахуванням вимог ефективного правового захисту та права на захист сторін в справі, у разі судового розгляду або перегляду іншим органом, судом або трибуналом, за визначенням статті 234 ЄС, з урахуванням загальної відповідності судового процесу праву на справедливий судовий розгляд.»

Отже, тут Європейський суд справедливості, мабуть, надає велику вагу праву на захист конфіденційної інформації та комерційної таємниці, ніж праву на розкриття інформації. Таке судження забезпечує потенційним претендентам на отримання публічних контрактів, комфортне розуміння того, що їх конфіденційна інформація повинна бути захищена в разі, якщо присудження контракту оскаржується.⁸⁷ З рішення у справі *Vares v Belgium* випливає, що:

- Орган оскарження повинен мати доступ до всієї інформації, включаючи інформацію, визначену учасниками тендеру, як конфіденційна або комерційна таємниця
- Треті особи (в тому числі заявники) не повинні отримувати доступ до інформації, розкриття якої може перешкоджати забезпеченню справедливої конкуренції
- Позбавлення доступу заявника до конфіденційної інформації інших учасників тендера не порушує права на справедливий судовий розгляд, так як це виправдано суспільними інтересами, а саме захистом конкуренції
- До надання «чутливої» інформації стороні, що бере участь у спорі, орган з перегляду повинен надати зацікавленому суб'єкту економічної діяльності можливість заявити, що дана інформація є конфіденційною або є комерційним таємницею
- Орган оскарження повинен гарантувати те, що конфіденційність і комерційні таємниці захищені, зокрема, замовником
- Орган оскарження повинен вирішувати, в якому ступені і за допомогою якого процесу доцільно захищати конфіденційність і таємність інформації, і, в разі перегляду, переконатися, що судовий процес, в цілому, узгоджується з правом на справедливий судовий розгляд

5.10 Практичні приклади⁸⁸

У наступних прикладах аналізується застосування тесту на конфіденційність до ситуацій, в яких учасник тендеру / замовник присвоїли частині своєї комерційної інформації статус конфіденційної. В ході застосування тесту комерційна інформація повинна відповідати всім чотирьом критеріям для визначення її як конфіденційної.

- | | |
|--------------------|--|
| Критерій 1: | Інформація, яка підлягає захисту, повинна бути спеціальним чином ідентифікована. |
| Критерій 2: | Інформація повинна бути комерційно «чутливою» і не повинна бути загальновідома або публічно доступною. |
| Критерій 3: | Розголошення завдасть значної шкоди її власнику або іншій стороні. |
| Критерій 4: | Інформація була надана із розумінням що вона залишатиметься конфіденційною |

⁸⁷ *Confidentiality or disclosure - who is a better mate for competition and fair play?*, McDermott Will & Emery, March 31, 2008, <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=469b2c4c-5093-4047-9112-387866f131f3>

⁸⁸ *Всі приклади судової практики адаптовані на основі - Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3 Commonwealth of Australia, 2007. Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.*

Практичний приклад 1

Методологія бізнесу / доставки

У своїй заяві учасник тендеру присвоїв статус конфіденційної інформації особливостям надання послуг з доставки. Учасник тендеру заявляє, що методологія по поставці була розроблена з використанням його «Унікального» (оригінального і новаторського) рішення, розголошення якої може привести до того, що дану методологію переймуть конкуренти, що зменшить її комерційну цінність і несприятливо вплине на його конкурентоспроможність на ринку. Методологія відома тільки учаснику тендера і кільком його співробітникам. У частині, що стосується ринку, учасників тендерів попросили вказати, яка інформація, якщо вона є, на їхню думку, повинна бути захищена як конфіденційна.

Критерій один - відповідає

Інформація ідентифікована специфічним чином, як така що містить інформацію про методику надання послуг з доставки.

Критерій два - відповідає

Інформація має властивість конфіденційності, оскільки вона відома невеликій кількості співробітників і нерозголошення «унікальною» методології дозволяє учаснику тендера зберігати конкурентоспроможність.

Критерій три - відповідає

Розголошення інформації може несприятливо вплинути на комерційні інтереси учасника тендеру, оскільки його конкуренти отримають можливість змагатися за право на надання послуг з доставки, використовуючи або переймаючи методологію, що позбавить учасника тендера конкурентної переваги в даній області.

Критерій чотири - відповідає

Оскільки замовник запросив учасників тендеру вказати, яка інформація є конфіденційною, і, таким чином, була вказана методологія надання послуг доставки, схоже, що інформація була надана на підставі домовленості про те, що вона не буде розголошуватись.⁸⁹

Практичний приклад 2

Визначення умов оцінки якості послуг

Договори про надання послуг часто містять спеціальні умови щодо додаткової винагороди за ефективно надання послуг і зниження платежів за неякісне надання послуг. Такі умови передбачають різні рівні винагороди/ зниження платежів.

Учасник тендеру вимагає визначити конфіденційною оцінку якості надання послуг статус на тій підставі, що розкриття інформації дозволить конкурентам оцінити структуру його витрат і, отже, завдасть шкоди його комерційним інтересам. Оцінка якості надання послуг була спеціально розроблена для даного контракту і на відома нікому, крім учасника тендера і замовнику. Замовник не зробив ніяких заяв, ні в тендерній документації, ані усно, про те, що оцінка якості надання послуг повинна розглядатися як конфіденційна.

Критерій один - відповідає

Інформація, ідентифікована як конфіденційна, є специфічною, оскільки включає оцінку якості надання послуг, зазначену в договорі.

⁸⁹ *Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3, Commonwealth of Australia, 2007, стр. 31 Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.*

Критерій два - не відповідає

Не дивлячись на те, що дана інформація не є широко відомою, структура ціни учасника тендеру не може бути визначена, такою що відповідає критерію. Відповідні умови визначають лише загальні орієнтири для учасника тендеру.

Критерій три - не відповідає

Розголошення специфіки умов оцінки якості обслуговування навряд чи завдасть учаснику тендеру надмірної шкоди, враховуючи висновки у попередньому пункті.

Критерій чотири - не відповідає

В даному випадку не існує взаємної домовленості про конфіденційність оцінки якості надання послуг.

У той час як умови оцінки якості надання послуг у цьому спрощеному прикладі не є конфіденційними на підставі наведеного вище аналізу, трибунал зобов'язаний усвідомлювати, що обсяг суми фінансових штрафів або компенсацій піднімає питання ціноутворення.⁹⁰ Водночас, питання про конфіденційності може виникнути за умови, якщо рівень послуг і штрафи не визначені в тендерній документації.

Практичний приклад 3

Інформація про ціноутворення

Кожен запит про конфіденційність інформації про ціноутворення має бути розглянутий по суті.

За загальним правилом, той факт, що розголошення інформації про ціноутворення ускладнюватиме життя постачальнику, не є достатньою підставою. Наприклад, учасник тендеру може претендувати на присвоєння статусу конфіденційності на тій підставі, що він не хоче, щоб конкурентам стали відомі його ціни. Проте, прозорість такої інформації могла б, можливо, привести до підвищення рівня конкуренції, і, як результат, до кращого балансу «ціни і якості» для замовника. З іншого боку, це може порушити конкуренцію, оскільки дасть конкурентам можливість адаптувати їх ціни відповідно до розголошених.

Наведені нижче приклади сконцентровані на оцінці того, чи будуть окремі елементи методики ціноутворення носити конфіденційний характер. Членам трибуналу необхідно враховувати, що, хоча певний елемент може бути оцінений, як такий що не відповідає критеріям конфіденційності, вся методика, тим не менш, може вимагати захисту, якщо вона відповідає тесту на конфіденційність. Це спричинено тим, що вона забезпечує достатню інформацію для проведення оцінки прибутку учасника тендеру.

Практичний приклад 3.1

Загальна ціна

Під час обговорення умов контракту, учасник тендеру, який займається наданням послуг в сфері управління персоналом, вимагає від замовника зберігати в конфіденційності інформацію про повну вартість контракту на тій підставі, що розголошення цієї інформації дозволить його конкурентам оцінити майбутні заявки організації.

У попередніх переговорах з учасником тендеру, замовник вказав, що, відповідно до чинного законодавства, замовник зобов'язаний повідомити про ціну контракту. У запиті про проведення тендеру також підкреслюється про цю вимогу. Ця проблема не може виникнути у відкритій процедурі, де ціни оголошуються під час розкриття тендерних пропозицій.

⁹⁰ *Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3, Commonwealth of Australia, 2007, стор. 31. Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission*

Оцінка інформації за критеріями конфіденційності:

Критерій один - відповідає

Інформація, ідентифікована як конфіденційна, є специфічною, стосується загальної вартості контракту.

Критерій два - не відповідає

Загальна вартість не має властивості конфіденційності після підписання контракту. Незважаючи на претензії учасника тендеру, інформація не є комерційною таємницею в контракті, оскільки така інформація є деталізованою настільки, щоб надати конкурентам на ринку можливість визначити структуру витрат і розміри прибутку учасника тендера.

Критерій три - не відповідає

Розголошення загальної вартості не завдасть шкоди комерційним інтересам учасника тендера, з огляду на викладене в попередньому пункті. Щодо претензій учасника тендеру, майбутні заявки організації можуть стосуватись тендеру, який може бути пов'язаний з наданням різних послуг, різним рівнем послуг, і, можливо використання різних способів надання послуг. Відповідно, розголошення загальної вартості в цьому випадку навряд чи надасть конкурентам учасника тендеру достатньо інформації для того, щоб визначити ймовірну ціну майбутньої заявки учасника тендера.

Критерій чотири - не відповідає

В даному випадку не існує взаємної домовленості про конфіденційність між замовником та учасником тендеру.⁹¹ На підставі проведеного аналізу, якщо дана інформація буде міститися в документації процедури перегляду, трибунал зовсім не буде зобов'язаний вважати її комерційно «чутливою» і зберігати її у конфіденційності.

Приклад судової практики 3.2

Ціна на окремі товари або групи товарів

Хоча ціни на окремі товари або групи товарів або послуг, як правило, не носять конфіденційний характер, тим не менш, тут можуть бути деякі виключення. Конфіденційність недоречна, якщо інформація про ціни є загальновідомою. Однак, якщо індивідуальні ціни на окремі товари, як частина договірних вимог, містять інформацію про основні витрати і розмір прибутку щодо даного товару або інші комерційно важливі дані, такі як спеціальні знижки (див. нижче), учасник тендеру може стверджувати, що така інформація є конфіденційною. Простий приклад, коли ціна за одиницю продукції не буде конфіденційною - учасник тендеру рекламує її в каталозі.

Критерій один - відповідає

Інформація, ідентифікована як конфіденційна, є специфічною.

Критерій два - не відповідає

Інформація про ціну окремого товару відкрито рекламується, в зв'язку з чим нерозголошення її не надасть учаснику тендеру будь-яких подальших переваг.

Критерій три - не відповідає

Малоймовірно, що розголошення інформації несприятливо позначиться на комерційних інтересах учасника тендеру, оскільки ціна знаходиться у відкритому доступі.

⁹¹ *Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3, Commonwealth of Australia, 2007, с. 30-33. Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission*

Критерій чотири - не відповідає

За відсутності будь-якої угоди про те, що інформацію про ціну окремого товару потрібно тримати в конфіденційності, не слід очікувати взаємного розуміння про її конфіденційність.⁹²

На підставі проведеного аналізу, якщо дана інформація буде міститися в документації процедури перегляду, трибунал зовсім не буде зобов'язаний розглядати її як комерційно «чутливу» і зберігати в конфіденційності.

Практичний приклад 3.3

Знижки

Учасник тендеру заявляє про конфіденційність інформації щодо ціни в силу інших причин, ніж розглянуті вище. Наприклад, це може бути надання замовнику значної знижки.

Учасник тендеру може правомірно вимагати конфіденційності інформації про надані знижки, якщо доводить ймовірність виникнення необґрунтованої шкоди, якщо рівень знижок буде розголошено. Наприклад, учасник тендера може продемонструвати, що його фінансові інтереси постраждають, якщо інші його клієнти отримають інформацію про запропоновані замовником знижки, і будуть вимагати такого ж рівня знижок, або, що розголошення інформації про знижки дозволить конкурентам визначити фактичну вартість товару або послуг. Оскільки інформація про знижки може бути або не бути конфіденційною, в залежності від обставин, члени трибуналу повинні розглядати вимоги про збереження конфіденційності такої інформації в кожному конкретному випадку індивідуально.⁹³

Практичний приклад 4 **Технічні секрети**

Нерозголошення інформації, на якій засноване рішення трибуналу, може суперечити принципу справедливого розгляду. Для ілюстрації цього сценарію до фактів раніше представленої, розглянутої та проаналізованої справи Європейського суду справедливості 'Varec v Belgium'⁹⁴ застосований тест на конфіденційність

Критерій один - відповідає

Інформація, ідентифікована як конфіденційна, є запитується від одного учасника з учасників тендеру

Критерій два - відповідає

Інформація є «чутливою», так як містить плани будівництва і опису технологій, які розроблені і використовували тільки одним виробником. Ці плани будівництва і опису технологій є розробкою виключно учасника тендера і використовуються тільки ним. Отже, цей учасник тендера володіє правами інтелектуальної власності на плани будівництва і технології.

Критерій три - відповідає

Розкриття інформації може не тільки вплинути на позицію в процедурі перегляду, але і вплинути на спір про права на інтелектуальну власність, щодо розглянутих планів.

⁹² *Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3, Commonwealth of Australia, 2007, стр. 33-34 Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.*

⁹³ *Guidance on Confidentiality in Procurement, Financial Management Guidance No. 3, Commonwealth of Australia, 2007, стр. 34 Copyright Commonwealth of Australia reproduced by permission.*

⁹⁴ *Рішення Європейського суду від 14 лютого 2008, Varec (C-450/06, ECR 2008 стр. I-581)*

Критерій чотири - відповідає

Специфікація надана конфіденційно, учасник тендеру Diehl запросив повернути плани. Інформація є конфіденційною. Проте, як і раніше існує конфлікт між правом на захист конфіденційної інформації та правом на справедливий розгляд.

5.11 Висновки

Кожен замовник і трибунал зобов'язані розглядати певну інформацію як конфіденційну, зокрема, інформацію, представлену учасниками тендеру та інформацію, визначену конфіденційною. Директиви ЄС щодо закупівель обмежують розголошення інформації, якщо її поширення завдає шкоди законним комерційним інтересам публічних або приватних підприємств або перешкоджає справедливій конкуренції між постачальниками.

Це, зокрема, включає в себе технічну або комерційну таємницю та конфіденційні аспекти діяльності підприємства-учасника тендеру.⁹⁵ Що стосується національної безпеки, незважаючи на те, що «Директива ЄС про оборону» є основою для обробки конфіденційної інформації, від державам-членам слід вирішувати питання про, те рішення чи класифікується інформація, як конфіденційна, з міркувань безпеки, так як національна безпека є сферою відповідальністю кожної держави-члена.

В цілому, хоча орган оскарження зобов'язаний забезпечити сторонам доступ до інформації і доказів, трибунал не повинен передавати інформацію іншим учасникам тендеру або третім особам, які не мають права на таку інформацію. Надання іншим сторонам можливості ознайомитися з тендерами конкурентів може провокувати деяких учасників тендеру, з невеликими шансами на отримання контракту, подавати скарги з метою отримання конфіденційної інформації, що міститься в тендерах їх конкурентів.

Таким чином, захист інформації, в тому числі інформації, яка буде розглядатися як конфіденційна є важливою частиною тендерного процесу в цілому і, особливо, процедури оскарження. Подальшим зобов'язанням трибуналу є забезпечення дотримання прав суб'єктів економічної діяльності, задіяних у процесі публічних закупівель, які впливають із законодавства про публічні закупівлі. Трибунал успішно може виконати це зобов'язання за допомогою реалізації засобів правового захисту, які є предметом наступного розділу.

⁹⁵ Стаття 6 «Директиви 2004/18 / ЄС Європейського Парламенту та Ради ЄС» від 31 березня 2004 координує процедури з присудження контрактів цивільного будівництва, контракти державної поставки і контракти на побутове обслуговування, OJ L 134 of 30.4.2004, стор. 114

Підхід до засобів правового захисту

6.1 Огляд

Починаючи з подачі скарги, заявник шукає такого правового захисту, який забезпечить дотримання його прав відповідно до законодавства про закупівлі у спосіб внесення змін у рішення замовника, який порушив законодавство. Законодавство ЄС забезпечує право на ефективний перегляд, за якого рішення замовника мають бути переглянуті настільки швидко, наскільки можливо.⁹⁶ У цьому зв'язку, відповідно до частини третьої підпункту статті 1 (1) та статті 1 (3) Директиви 89/665, для того, щоб перегляд рішень замовника вважався ефективним, процедури перегляду повинні бути доступними, принаймні будь-якій особі, яка має або мала зацікавленість у отриманні конкретного публічного договору та яка отримала або ризикує отримати шкоду від передбачуваного порушення.⁹⁷ Таким чином, у значенні статті 2а (2) Директиви 89/665 існує поняття «зацікавлений учасник».⁹⁸ Залежно від різних обставин, трибунал повинен вирішити, чи є скаржник «зацікавленим учасником тендеру».

Суд ЄС розглядав ситуації, за яких результати тендеру оскаржував учасник, який вважав, що його права порушені, і в тому ж процесі інший учасник – переможець тендеру подає зустрічну заяву. Учасник, який вважав, що його права порушені, заявляв, що пропозиція переможця тендеру не відповідає тендерній документації. У свою чергу, переможець тендеру стверджував про невідповідність тендерній документації зустрічного позову переможця та відхилення первісного позову скаржника. У цьому контексті Суд дійшов висновку, що підхід доміно є неправильним. Суд постановив, що стаття 1 (3) Директиви 89/665 зобов'язує трибунал розглядати як первісний позов, так і зустрічний позов.⁹⁹

Право на ефективні засоби правового захисту також стосується предмету оскарження. З цієї метою слід зазначити, що будь-яке рішення замовника, прийняте щодо тендеру в межах Директиви 2014/24 і здатне спричинити правові наслідки, є рішенням, яке підлягає перегляду у значенні статті 1 (1) Директиви 89/665.¹⁰⁰ У зв'язку з цим, коли замовник приймає рішення про не оголошувати тендерну процедуру на підставі того, що відповідний договір, на його думку, не підпадає під дію відповідних норм ЄС, таке рішення все ж підлягає перегляду. Більше того, Суд ЄС постановив, що у разі коли національним законодавством рішення про допуск учасника до процедури не підлягає оскарженню, таке законодавство суперечить статті 1 (1) та статті 2 (1) (а) та (б) Директиви 89/665.¹⁰¹

Крім того, слід зазначити, що є сумісним з правом на ефективний перегляд національне законодавство, яким встановлено вимогу щодо сплати збору за подачу скаргу до органу оскарження у сфері публічних закупівель.¹⁰²

⁹⁶ Стаття 1(1) Директиви 89/665/ЕЕС від 21 грудня 1989

⁹⁷ *Judgement of the ECJ of 21 December 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, ECLI:EU:C:2016:988) paragraph 28.*

⁹⁸ *Judgement of the ECJ of 21 December 2016, Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung und Caverion Österreich (C-355/15, ECLI:EU:C:2016:988) paragraph 35.*

⁹⁹ *Judgement of the ECJ of 04 July 2013, Fastweb (C-100/12, ECLI:EU:C:2013:448) paragraph 34.*

¹⁰⁰ *Judgement of the ECJ of 25 October 2018, Anodiki Services EPE (C-260/17, ECLI:EU:C:2018:864) paragraph 44-45.*

¹⁰¹ *Judgement of the ECJ of 05 April 2017, Marina del Mediterraneo (C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268) paragraph 37.*

¹⁰² *Judgement of the ECJ of 06 October 2015, Orizzonte Salute (C-61/14, ECLI:EU:C:2015:655) paragraph 79.*

Надалі, розділ фокусується на видах засобів правового захисту, які доступні трибуналам, зокрема, у державах-членах ЄС. Детально наводиться опис цілей окремих засобів правового захисту, а також ситуації, в яких застосовуються особливі засоби правового захисту. Розділ починається з перерахування і пояснення типів засобів правового захисту, які доступні трибуналам, наведено також численні приклади для ілюстрації ключових питань і спостережень.

6.2 Види засобів правового захисту

Мінімальні вимоги до засобів правового захисту можуть бути знайдені в УДЗ¹⁰³ та у «Директивах ЄС про засоби правового захисту». «Директиви ЄС про засоби правового захисту» містять поняття, що кандидат на участь або учасник тендеру може виступати проти будь-якого рішення замовника, якщо прийняте рішення замовника отримує мінімум публічності. З метою дотримання суб'єктивних прав, учасники тендерів можуть використовувати різні види засобів правового захисту. Параграф 7 статті 20 УДЗ та стаття 2 (1) «Європейської директиви із засобів правового захисту» наводять запобіжні заходи, які спрямовані на виправлення можливих порушень або запобігання подальших збитків зацікавлених сторін. При цьому параграф 7 статті 20 УДЗ містить оцінку і можливості винесення рішення щодо обґрунтування оскарження та виправлення порушень УДЗ або відшкодування шкоди. Крім того, стаття 2 (1) Європейської директиви про засоби правового захисту забезпечує скасування рішень, прийнятих незаконно і присудження компенсації за збитки. Таким чином, УДЗ і Європейська директива про засоби правового захисту мають три типи засобів правового захисту: запобіжні заходи, перегляд рішення та відшкодування збитків. Після того, як контракт був укладений, «Директива про засоби правового захисту» забезпечує можливість оголошення договору недійсним і застосування альтернативних наслідків для тих випадків, коли контракт в повному обсязі визнаний недійсним. Оскільки директива ЄС про засоби правового захисту спрямовані на імплементацію УДЗ в рамках ЄС та враховуючи, що спектр типів засобів правового захисту є широким, нижче вони представлені більш детально. Засоби правового захисту ЄС включають:

- Запобіжні заходи
- Скасування рішень замовника
- Недійсність договору
- Альтернативні штрафи
- Відшкодування збитків¹⁰⁴

Засоби правового захисту закупівлі дозволяють трибуналу виправити некоректну поведінку замовника. Хоча трибунал і не може «взяти на себе роль» замовника і вирішити, хто є переможцем конкурсу або обрати відповідну процедуру укладання контрактів, він має право анулювати будь-яку дію замовника, що порушує законодавство про закупівлі та, таким чином, впливає на проведення закупівель. Для того, щоб належним чином виконувати свою роль, члени трибуналу повинні бути інформовані про свою особливу позицію щодо суб'єктів прийняття рішення найвищого рівня та інших замовників, що впливає на вибір засобів правового захисту. Трибунал не є супер-замовником, який може приймати рішення за замовника. Скасовуючи рішення, трибунал може змусити замовника прийняти нове рішення законним способом і відкоригувати процедуру закупівлі.

¹⁰³ Угода про державні закупівлі

¹⁰⁴ Статті 2 (1), 2d і 2f «Директиви по засобам правового захисту». Статті 2 (1), 2d і 2f «Директиви по засобам правового захисту»; Статті 2 (1), 2d і 2f «Директиви по засобам правового захисту комунальних підприємств»; Статті 56 (1), 60 і 62 «Директиви про захист».

Однак, питання про те, які з засобів правового захисту найкращим чином підходять для виправлення порушення, залежить від процедури закупівлі.

6.3 Запобіжні заходи

Необхідність застосування попередніх заходів залежить від національної системи перегляду. Якщо заява про скасування рішення має автоматичний ефект припинення процедури закупівлі, запобіжні заходи не є необхідними, так як процедура закупівлі залишиться в стані, при якому не

Приклади

1. Коли оскаржуються контрактні документи, необхідно буде вжити тимчасові заходи, щоб уникнути подачі тендерних пропозицій учасниками тендеру, на підставі контрактний документів, правовий статус яких оскаржується. В результаті, контрактні документи повинні бути анульовані частково або повністю.
2. Коли приймається рішення щодо скасування тендера, можливо, буде необхідно зберегти процедури закупівлі, щоб дозволити учаснику тендеру далі брати участь в ньому. Якщо рішення про скасування тендеру визнано незаконним, воно повинно бути анульовано.
3. Якщо оскаржується рішення про присудження контракту, замовнику необхідно буде призупинити процес укладення контракту, щоб зробити можливим скасування рішення.
4. Якщо суб'єкт економічної діяльності виявляє, що замовник уклав контракт без попередньої публікації повідомлення про тендер, трибунал або суд вимагатимуть визнати контракт недійсним, оскільки немає рішення, яке трибунал або суд можуть скасувати.

завдається шкоди, до того як трибунал винесе остаточне рішення у цій справі. З іншого боку, така система має недолік, тому що замовник самостійно не може виправити порушення. Це могло б скоротити процедуру перегляду у тих випадках, коли помилки є очевидними.

6.3.1 Що таке запобіжні заходи?

Запобіжні заходи мають кілька цілей:

- Запобігти збиткам, до моменту коли трибунал не виніс рішення у результаті перегляду
- Перешкодити вчиненню замовником дій, що неможливо буде змінити ¹⁰⁵
- Забезпечити ефективність процедури перегляду

Однак, запобіжні заходи не є засобами правового захисту у класичному розумінні. Запобіжні заходи, в дійсності, забезпечують виконання прав заявника, але слугують при цьому інструментом підтримки ефективності процедури перегляду. Стаття 2 (1) «Директив про засоби правового захисту»¹⁰⁶ характеризує процедури застосування запобіжних заходів, як проміжні процедури. Таким чином,

¹⁰⁵ Наприклад, присудження контракту до того, як уповноважений орган з перегляду прийме рішення про законність оскаржуваного рішення, і, як наслідок, зробить неможливим скасування рішення.

¹⁰⁶ «Директива 2007/66 / ЄС» про внесення поправок в «Директиву Ради ЄС 89/665 / ЕЕС і 92/13 / ЕЕС», щодо підвищення ефективності процедур щодо перегляду, що стосуються присудження публічних контрактів.

запобіжні заходи не мають на меті винесення остаточного рішення.¹⁰⁷ Запобіжні заходи є попередніми заходами, що використовуються трибуналом для виправлення порушення закону або запобігання нанесення шкоди відповідному інтересу - наприклад, інтересу скаржника.

Згідно з «Директивами про засоби правового захисту», запобіжні заходи призначає трибунал до прийняття остаточного рішення по суті справи. Орган оскарження виносить рішення про застосування запобіжних заходів, якщо вони негайно необхідні для захисту інтересів заявника.

Приклад

Замовник планує перейти до другого етапу тендерної процедури. Хоча замовник неправильно оцінює представлені тендерні пропозиції для кваліфікації в другому етапі, скарга на ці дії не може автоматично викликати призупинення процедури. Замовник повідомив заявника, що усуває його від подальшої участі в тендері. Замовник ще не запросив інших учасників тендеру для надання тендерних заявок на другий етап. Трибунал повинен заборонити замовнику залучати інших учасників надавати свої тендерні пропозиції. Якщо замовник уже запросив інших учасників на другий етап тендеру, трибунал повинен призначити тимчасові заходи для того, щоб призупинити процедуру. В іншому випадку, результати другого етапу будуть незворотними, і єдиним засобом правового захисту на більш пізньому етапі буде анулювання тендеру.

Також можливо враховувати перспективи успіху по суті скарги. Як результат, трибунал може відхилити заяву про прийняття запобіжних заходів, якщо заявник вже представив основну скаргу, і стало зрозуміло, що вона не має ніякої перспективи бути задоволеною.¹⁰⁸ Проте, при ухваленні рішення про запобіжні заходи члени трибуналу повинні запитати наступні питання:

- У чому полягає незаконність?
- Яке рішення оскаржуються?
- Настання яких збитків загрожує заявнику в майбутньому або чи існує загроза вже зараз?
- Які перспективи задоволення скарги по суті?
- Які інтереси заявника при прийнятті рішення про запобіжні заходи?
- Які інтереси замовника у продовженні проведення процедури закупівлі?
- Які інтереси інших кандидатів або учасників тендеру в прийнятті рішення про запобіжні заходи або у відмові у вжитті таких заходів?
- Які існують суспільні інтереси? Чи буде завдано шкоди суспільним інтересам, якщо будуть вжиті запобіжні заходи?
- Що станеться, якщо трибунал винесе рішення про вжиття запобіжні заходи?
- Якого вплив тимчасових заходів на який замовник, інших учасників тендеру та позивача?
- Чи є результат дій замовнику, предмета скарги, незворотнім?
- Чи буде кому-небудь завдано збитків, при вжитті запобіжних заходів або при продовженні проведення процедур закупівлі? Якщо так, то який ступінь такого збитку?

¹⁰⁷ Рішення Європейського суду від 9 грудня 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw / De Jonge Konstruktie and others* (C-568/08, ECR 2010 p. I-12655) параграф 61.

¹⁰⁸ Рішення Європейського суду від 9 квітня 2003, *CS Austria* (C-424/01, ECR 2003 стр. I-3249) параграф 29.

Доцільно вимагати таку інформацію від заявника. Якщо можливо, ця інформація повинна бути витребувана, відповідно до положень процесуального права. Кожна сторона повинна щонайменше заявити про свої інтереси, а також про збитки які вже настали або можуть настати. Якщо сторони цього не роблять, орган з перегляду повинен попросити їх це зробити, встановивши для цього короткий строк. Такий аналіз не завжди буде простим або навіть можливим, згідно з інформацією, наявною у трибуналу, і хоча трибунал не зобов'язаний приймати рішення про запобіжні заходи, а може використовувати право діяти на свій розсуд, проводити такий аналіз доцільно, щоб уникнути негативних економічних наслідків з боку замовника і учасників тендеру.

При застосуванні права діяти на свій розсуд, трибунал зобов'язаний засновувати своє рішення на основоположних принципах проведення закупівель і принципах своєчасних і ефективних засобів правового захисту. Проте, трибунал повинен мати на увазі, що інтереси замовника і суспільні інтереси можуть відрізнятись, так як рішення про присудження контракту кращому учаснику тендеру теж є суспільним інтересом. Крім того, заявник має суб'єктивні права, що випливають із законодавства про закупівлі, яке може бути забезпечене тільки за допомогою скарги на рішення замовника. Таким чином, трибунал зобов'язаний збалансувати інтереси всіх сторін для того, щоб вирішити, чи варто вносити рішення про вжиття тимчасових заходів.

6.3.2 Які заходи можуть бути прийняті?

Згідно зі Статтею 2 (1) «Директиви про засоби правового захисту» можуть бути прийняті наступні запобіжні заходи:

- Будь-які заходи, які підходять для виправлення передбачуваного порушення або уникнення загрози шкоди. Наприклад, призупинення реалізації будь-якого рішення, прийнятого замовником, або призупинення всієї процедури присудження контракту.¹⁰⁹
- Винесення запобіжного заходу не має залежати від подачі основної скарги. Повинна бути надана можливість подати заяву про запобіжні заходи до подачі основної скарги.
- Запобіжний захід сама по собі повинна бути відповідним, необхідним, і застосовним для виправлення передбачуваного порушення або уникнення шкоди. Тимчасовий захід має бути найменш обтяжливою мірою для замовника. Замовник повинен бути у змозі діяти у процедурі закупівлі, наскільки це можливо, і якомога менше бути обмеженим. Який саме вид запобіжного заходу є необхідним залежить від стану процедури закупівлі.

Наступні приклади ілюструють вплив тимчасових заходів.

Приклади

- 1 Якщо заявник виступає проти контрактної документації і хоче, щоб трибунал анулював контрактні документи, необхідно дозволити заявникові подати тендер на основі відкоригованої документації. Таким чином, замовник не повинен розкривати отримані тендерні пропозиції, і період розгляду тендеру необхідно призупинити.
- 2 Якщо замовник повідомив заявника, що він не буде запрошувати заявника до участі у тендері в

¹⁰⁹ Стаття 2 (1) «Директиви про засоби правового захисту»; Стаття 2 (1) «Директиви про засоби правового захисту комунальних підприємств»; Стаття 56 (1) «Директиви про захист»; Public Procurement Training for IPA Beneficiaries, Module F, Sigma 2010, стор. 11.

двоетапній процедурі, де число учасників тендеру на другому етапі обмежена, необхідно заборонити замовнику запрошувати будь-яких інших кандидатів для участі у тендері.

- 3 Якщо тендерну пропозицію заявника було відхилено і не було повідомлено про присудження контракту, ніяких тимчасових заходів не потрібно, оскільки учасник тендеру все ще може брати участь у процедурі закупівлі. Якщо рішення про відмову в тендері заявнику анульовано, заявник може виступати проти рішення про присудження контракту, якщо воно видано до закінчення процедури перегляду.
- 4 Якщо замовник видав повідомлення про присудження контракту, і наступним кроком замовника було б присудження контракту, необхідно заборонити присудження контракту.

6.3.3 Яка процедура?

Процедура прийняття тимчасових заходів не регулюється «Директивами про засоби правового захисту», оскільки метою директиви є створення мінімальних вимог для засобів правового захисту. Проте, необхідним є забезпечити період очікування, щоб дати час учаснику тендеру для застосування запобіжних заходів.¹¹⁰ Так як метою запобіжних заходів є забезпечення проміжного рішення у спорі¹¹¹, то терміни, як правило, обмежені. З тієї ж причини, процедурні правила, наприклад, щодо доказів, які мають бути подані заявником або отримані трибуналом щодо незворотності дій замовника, повинні бути досить простими.¹¹²

До умов застосування попередніх заходів відносяться:

- Наявність досить суттєвих доказів порушення
- Необхідно показати, що потенційна шкода для учасника тендеру, в разі відмови у вжитті запобіжних заходів, є незворотною або принаймні серйозною
- Крім приватного інтересу на введення зазначених заходів, у заявника не повинно бути ніяких інших інтересів¹¹³

Зазвичай, немає часу для проведення усних слухань перед вжиттям запобіжних заходів. Стаття 6 ЄКПЛ не вимагає усного слухання, оскільки дана процедура не вирішує справу по суті. Те ж саме і у випадку з іншими процесуальними гарантіями. Таким чином, не обов'язково є наявність обміну думками, які використовує трибунали, на відміну від письмових доказів, і до яких застосовуються норми щодо оцінки доказів.¹¹⁴ Однак, це можливо, що попереднє рішення буде відрізнятися від остаточного рішення.

6.4 Скасування

6.4.1 Що таке скасування?

Засіб правового захисту у вигляді скасування скасовує/ визнає недійсним незаконно прийняте рішення.

¹¹⁰ Рішення від 3 квітня 2004, *Commission / Spain (C-444/06, ECR 2008, стор. I-2045) параграф 39.*

¹¹¹ Рішення Європейського Суду від 9 грудня 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw / De Jonge Konstruktie and others (C-568/08, ECR 2010 стр. I-12.655) параграф 61.*

¹¹² *Public Procurement Training for IPA Beneficiaries, Module F, Sigma 2010, стор. 10.*

¹¹³ *The Effectiveness of Bidder Remedies for Enforcing the EC Public Procurement Rules: a Case Study of the Public Works Sector in the United Kingdom and Greece, Despina Pachnou, PhD Theses, 2003 стор. 72.*

¹¹⁴ Рішення Європейського Суду від 9 грудня 2010, *Combinatie Spijker Infrabouw / De Jonge Konstruktie and others (C-568/08, ECR 2010 стр. I-12.655) параграф 59.*

Відповідно до законодавства ЄС, заявник повинен подати заяву про такий засіб правового захисту як скасування, і, якщо трибунал приходить до висновку, що замовник порушив правила закупівель, він має право на свій розсуд вибрати з наявних заходів саме скасування. Заявник не може подати заяву про засіб правового захисту у вигляді скасування після укладення контракту замовником.

Рішенням є будь-який акт замовника, який публікується, що означає, що він опублікований чи іншим чином перестав бути власністю замовника.¹¹⁵ Всі рішення, які підпадають під законодавство про закупівлі можуть бути оскаржені.¹¹⁶ Суд ЄС визначив, що якщо національне законодавство не дозволяє оскарження допуску учасника до процедури, не відповідає законодавству ЄС.¹¹⁷ В іншому випадку Суд ЄС вирішив, що суб'єкт економічної діяльності навіть може оскаржити рішення про те, чи слід публікувати повідомлення про контракт або проведення формальної процедури закупівель.¹¹⁸

6.4.2 Які заходи по скасуванню можуть бути призначені?

Відповідно до законодавства ЄС, можуть бути призначені наступні заходи скасування:

- Усунення дискримінаційних технічних, економічних або фінансових вимог у повідомленні про тендер, тендерній документації чи будь-який інший документації, що відноситься до процедури укладання контрактів
- Скасування незаконного рішення замовника або скасування процедури укладення контракту
- Виправлення належним чином будь-яких незаконних документів або рішень замовнику^{119 120}

Ці засоби повинні дозволити трибуналу здійснювати якийсь (хоча і обмежений) контроль над правом замовника діяти на свій розсуд. Наприклад, чи мало місце зловживання правом діяти на свій розсуд при виборі тендерної процедури, дискваліфікації учасника тендера або специфікації контракту. Ця роль відповідає меті «Директиви про засоби правового захисту», яка полягає в тому, щоб дозволити трибуналу визначити, чи є рішення замовника обґрунтованими та чи підтверджуються вони документально, але не «приймати інше рішення» замість замовника та заходити у межі сфери дії права розсуду замовнику.

Перегляд обґрунтованості набуває особливої важливості в контексті процедури, коли контракт присуджується найбільш економічно вигідній пропозиції. В такому випадку право замовника діяти на свій розсуд трактується досить широко, так як замовник приймає рішення і застосовує критерії, що визначають вигідну пропозицію, і, отже, збільшує ймовірність зловживання правом на розсуд. Проте, такий перегляд повинен обмежуватися проведенням тесту на «обґрунтованість», оскільки в іншому випадку це може привести до спекулятивного процесу, спрямованого на переконання органу оскарження прийняти рішення замість замовника.¹²¹ Перед тим, як вибрати один із заходів скасування, члени трибуналу повинні відповісти на наступні питання:

- Чи порушив замовник законодавство про публічні закупівлі?
- Наскільки серйозні порушення? Чи впливає порушення суттєво на основоположні принципи законодавства про публічні закупівлі та/або знижує можливість учасників тендерів приймати успішну участь у процедурі присудження контрактів?
- Чи має порушення істотний вплив на результат процедури закупівлі? Чи можливо, що контракт буде присуджений іншому учаснику тендеру?

¹¹⁵ Рішення Європейського Суду від 11 січня 2005, Stadt Halle (C-26/03, ECR 2005, стор. I-1) параграф 39.

¹¹⁶ Рішення Європейського Суду від 19 червня 2003, GAT (C-315/01, ECR 2003 стор. I-6351) параграф 52.

¹¹⁷ Рішення Європейського Суду від 5 квітня 2017, C-391/15, ECLI:EU:C:2017:268, параграф 37.

¹¹⁸ Рішення Європейського Суду від 11 січня 2005, Stadt Halle (C-26/03, ECR 2005, стор. I-1) параграф 33.

¹¹⁹ Наприклад, вказівка скасувати тендер в цілому, якщо порушуються правила закупівель, для коригування або видалення неправомірних пунктів у тендерній документації, або відновити заявника, який був незаконно виключений.

¹²⁰ Стаття 2 (1) «Директиви про засоби правового захисту»; Стаття 2 (1) «Директиви про засоби правового захисту комунальних підприємств»; Стаття 56 (1) b «Директиви про захист»; Public Procurement Training for IPA Beneficiaries, Module F, Sigma 2010, стор. 13.

¹²¹ Public Procurement Training for IPA Beneficiaries, Module F, Sigma 2010, стор. 14.

- Як можна усунути порушення, щоб надати учасникам тендеру можливість успішної участі в процедурі присудження контрактів? Яке рішення має винести трибунал?

Крім того, трибунал повинен брати до уваги вид порушення і етап процедури закупівлі, на якому відбулося порушення. Порушення, виявлене на ранньому етапі процедури закупівлі, може бути усунуто, наприклад, шляхом скасування рішення замовника та / або зобов'язання замовника змінити тендерну документацію або здійснити повторну переоцінку/ перегляд попереднього рішення замовника відповідно до висновків трибуналу. Часто, порушення, виявлені пізніше, які не можуть бути усунені шляхом «повернення» у попередній етап закупівель, можуть бути усунені лише шляхом скасування всієї процедури присудження контракту.

Приклад

АТ «Укрзалізниця» - національний оператор залізничних мереж та перевізник вантажів та пасажирів в Україні оголосила закупівлю природного газу. Учасники ринку звернулись до органу оскарження з скаргою щодо усунення дискримінаційних умов у тендерній документації. Скарги були обґрунтованими і орган оскарження зобов'язав АТ «Укрзалізниця» усунути дискримінаційні умови. Після цього АТ «Укрзалізниця» відмінила закупівлю без внесення змін до тендерної документації. Надалі, «Укрзалізниця» оголосила закупівлю природного газу з іншим обсягом, яку знову оскаржили учасники ринку. Скарги були знову задоволені. Проте, АТ «Укрзалізниця» втретє оголосило закупівлю природного газу **за неконкурентною (переговорною) процедурою** і вже вказана закупівля була відмінена згідно з рішенням органу оскарження. В результаті, після відміни неконкурентної процедури АТ «Укрзалізниця» внесла зміна до тендерної документації за **другою** закупівлею.

6.4.3 Яка процедура?

Процедура скасування рішень залежить від національного законодавства, яке передбачає правила подачі, терміни, і повідомлення інших кандидатів або учасників тендерів. Заявник зазвичай надсилає замовнику свою скаргу, і якщо який замовник не вживає адекватного засобу правового захисту, заявник подає скаргу до органу оскарження. Період очікування не повинен стримувати замовника негайно присудити контракт. Законодавство може передбачати, що заявник безпосередньо подає скаргу до органу оскарження. В цьому випадку, національне законодавство може передбачати, що заявник повідомляє замовника про подачу скарги. Заявник повинен вказати у скарзі заходи скасування, які він просить застосувати. Однак дана вимога не є обов'язковою для трибуналу, оскільки останній може призначити ті заходи, які він вважатиме за потрібне у даному випадку.

6.4.4 Коли необхідно використовувати засіб правового захисту у вигляді скасування?

З точки зору законності процедури, скасування є цінним засобом правового захисту, так як за його допомогою можна усунути порушення за умови, що трибунал розумно використовує свої повноваження.¹²² Скасування захищає права заявників, якщо вони можуть продемонструвати порушення замовником законодавства. Засіб правового захисту у вигляді скасування є найсильнішим засобом, оскільки він впливає на процедуру закупівель і дозволяє вносити у неї зміни. Таким чином, засіб правового захисту у вигляді скасування допомагає визначити найкращий тендер, у відповідності зі специфікаціями, що відповідає суспільним інтересам. Здійснюючи таку дію, замовник уникає перспективи виплати щодо відшкодування збитків в подальшому.

6.4.4.1 Скасування процедури присудження контракту

Трибунал ухвалює рішення про скасування процедури присудження контракту, коли буде неможливо виправити виявлене порушення законодавства про державні закупівлі іншими більш м'якими заходами, і дане рішення є єдиним розумним варіантом виправлення порушення, допущеного під час проведення тендеру. В основному це стосується ситуації, коли з самого початку процедура присудження контракту відбувається з порушенням законодавства про публічні закупівлі.

¹²² Public Procurement Training for IPA Beneficiaries, Module F, Sigma 2010, стор. 14.

Приклади

- 1 Обрана неправильна процедура.
- 2 Обрано неправомірний спосіб закупівлі.
- 3 Обрані необґрунтовані критерії кваліфікації.
- 4 Неможливо розпочати процедуру заново з попереднього етапу. Наприклад, повернутися з етапу присудження на етап кваліфікації.
- 5 Після подачі тендерів з'ясувалося, що документи контракту порушують правила закупівлі або є нечіткими. Наприклад, нечіткий опис предмета тендеру, умов ціноутворення або критеріїв присудження тендеру. У зв'язку з цим учасники тендерів не можуть коректно подати заявки.
- 6 Неможливо оцінити заявки відповідно до принципів публічних закупівель, і тому неможливо присудити контракт відповідно до закону.
- 7 У, так званій, процедурі переговорів замовник ініціює, щоб всі учасники тендеру вели переговори про поділ контракту між ними.

6.4.4.2 Вказівки замовнику

Вказівки щодо виправлення виявленого порушення законодавства про публічні закупівлі повинні застосовуватися в разі, якщо трибунал дійшов висновку про те, що замовник порушив законодавство, і порушення законодавства є не настільки істотним, щоб мати своїм наслідком скасування рішення замовника або процедури присудження контракту, та тільки замовник може прийняти адекватні заходи виправлення порушення.

Приклади

- 1 Трибунал дає вказівку замовнику продовжити термін подачі заявок в зв'язку з невчасним наданням технічних специфікацій контракту, що не дало учасникам тендеру достатньо часу для підготовки відповідних пропозицій. Продовження може бути необхідним, якщо реальний час для підготовки заявки коротше періоду, позначеного в законодавстві про публічні закупівлі, або періоду, якого обґрунтовано достатнього для підготовки такої пропозиції.
- 2 Замовник відхилив пропозицію заявника, оскільки не взяв до уваги всі документи, подані разом з тендерною пропозицією для підтвердження її прийнятності. Трибунал зобов'язаний тільки скасувати рішення про відхилення тендерної пропозиції і заявник матиме можливість брати участь у закупівлях.
- 3 Трибунал доручає замовнику повторно оцінити пропозицію, тому що замовник не перевіряв відповідним чином занадто низькі ціни, представлені у пропозиції. Якщо замовник уже прийняв рішення про присудження контракту, то трибунал зобов'язаний анулювати це рішення, оскільки замовник, в іншому випадку, може укласти контракт.

На практиці «вказівки» рідко використовуються окремо і часто поєднуються з іншими засобами правового захисту у вигляді скасування. В основному, це скасування рішення замовника, яке в більшості випадків необхідна перед тим, як замовник винесе повторне рішення повторно згідно з інструкціями. У іншому випадку, замовнику доведеться відкликати рішення.

6.4.4.3 Скасування рішення замовника

У разі порушення законодавства про державні закупівлі, найбільш типовий засіб правового захисту - це рішення трибуналу про скасування рішення замовнику або видалення технічних умов тендеру. Таке рішення трибуналу, як правило, пов'язане з таким засобом правового захисту як «вказівки», наприклад, змінити конкурсну документацію певним чином. Проте, орган оскарження не є замовником, тому зміни в тендерній документації можуть бути зроблені тільки замовником.

Деякі засоби правового захисту можуть застосовуватися після скасування рішення замовника або видалення технічних умов тендеру. Вони включають в себе такі засоби:

- Встановити нові критерії кваліфікації і повторити ту частину закупівлі, яка починається з оголошення нових критеріїв
- Розмістити нове повідомлення
- Повторно оцінити заявки на участь у процедурі закупівлі, якщо були допущені помилки¹²³
- Оцінити заявку заявника, якщо нездатність замовника зробити це привела до порушення законодавства про закупівлі
- Надати можливість усім учасникам тендеру подати нові заявки для того, щоб виправити попереднє порушення законодавства про публічні закупівлі
- Надати всім учасникам тендеру, які вже подали заявки, привести в порядок заявки протягом додаткового періоду часу, встановленого замовником
- Належним чином визначити предмет тендеру і повторити процедуру присудження контракту з цієї стадії
- Повернути процедуру присудження контракту на етап, що передє подачі заявок і дозволити учасникам тендеру підготувати заявки на підставі виправленої документації, яка є «нейтральною продуктом»¹²⁴
- Переоцінити подані заявки, відповідно до рішення трибуналу про те, як їх необхідно оцінювати в рамках конкретної процедури присудження контракту
- Повторити оцінку заявок, якщо оцінка має недоліки, а документи по оцінці заявок необґрунтовані¹²⁵
- Надати учаснику, пропозиція якого була відхилена в законному порядку, можливість оскаржувати оцінку тендерних пропозицій інших учасників (які також мають отримати відмову), і таким чином, не дати іншим учасникам тендеру право отримати контракт¹²⁶ незалежно від кількості учасників тендеру або кількості поданих скарг¹²⁷

Орган оскарження повинен завжди брати до уваги, що зміна предмета контракту або кваліфікаційних критеріїв може призвести до залучення інших суб'єктів економічної діяльності, що доведе необхідність знову запустити процедуру закупівлі з самого початку і, отже, процедура повинна бути скасована.¹²⁸ Будь-яка зміна критерію присудження контракту веде до скасування процедури закупівлі.¹²⁹

6.5 Період очікування

Відповідно до «Директив про засоби правового захисту», скарга не зупиняє процедуру

¹²³ Наприклад, акти виконаних робіт для того, щоб претендувати на участь в тендерах в обмеженому процедурі.

¹²⁴ Наприклад, не дискримінує, щодо типу або умов по товарів або послуг, які є предметом закупівлі.

¹²⁵ Неясні, невідповідні і недостатньо обґрунтовані пояснення рішення замовнику.

¹²⁶ Але дивитися Рішення Європейського Суду від 19 червня 2003, *Hackermüller* (C-249/01, ECR 2003 p. I-6319). Трибунал може відхилити скаргу, якщо тендер позивача було відхилено законно і без шкоди його інтересам.

¹²⁷ Рішення Європейського Суду від 5 вересня 2019, *Lombardi* (C-333/18, ECLI:EU:C:2019:675) параграф 34.

¹²⁸ Рішення Європейського Суду від 19 червня 2008, *pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, ECR 2008, I-4401) параграф 34.

¹²⁹ Рішення Європейського Суду від 4 грудня 2003, *EVN and Wienstrom* (C-448/01, ECR 2003 I-14.527) параграф 94.

закупівлі. Тому, якщо не було визначено періоду очікування, замовник може укласти контракт з переможцем тендеру до подачі скарги. Метою періоду очікування, є надання учасникам тендеру часу, щоб перевірити законність рішення і при необхідності подати скарги.¹³⁰ Таким чином, період очікування є результатом принципу ефективності засобів правового захисту.

Щоб забезпечити учасників тендеру ефективним засобом правового захисту для оскарження всіх рішень замовника, «Директива про засоби правового захисту» вводить період очікування між прийняттям рішення про присудження контракту та укладенням контракту з переможцем тендеру.¹³¹ Замовник не повинен укладати контракт в період очікування. Відповідно до «Директиви про засоби правового захисту», держави-члени ЄС можуть утримуватися від встановлення періоду очікування за певних умов:

- Якщо директиви щодо закупівель¹³² не вимагають попередньої публікації повідомлення про контракт
- Якщо на стадії присудження у конкурсі бере участь лише один учасник тендеру
- У разі контракту, заснованому на рамковій угоді, або специфічному контракті, заснованому на динамічній системі закупівель
- Якщо період очікування складе не менше 10 днів¹³³ від дати рішення про присудження контракту

6.6 Недійсність договору

Метою визнання договору недійсним є застосування санкцій щодо грубих порушень основних правил закупівель. Визнання договору недійсним повинне перешкоджати можливості замовника і підрядника отримати вигоду від протизаконних дій і сприяти поверненню контракту на ринок. Проте, обставини можуть змінитися в період між незаконним укладанням контракту і розірванням контракту. Отже, буде неясно, якщо замовник все ще має необхідний бюджет для нової процедури закупівлі, або якщо він все ще потребує результати закупівель, або, його плани змінилися. Таким чином, немає ніякої гарантії, що контракт буде повернутий на ринок в короткий проміжок часу.

6.6.1 Що таке недійсність договору?

У державах-членах ЄС правом застосовувати цей засіб наділені суди і органи щодо перегляду адміністративних рішень. Залежно від національного законодавства, суд або орган з перегляду адміністративних рішень може винести рішення про:

- Про скасування всіх договірних зобов'язань з моменту їх укладення
- Про майбутнє скасування всіх договірних зобов'язань і обмеження масштабу скасування зобов'язань, які ще повинні будуть бути виконані

У разі майбутнього скасування, орган оскарження уповноважений накладати штрафи на замовників.¹³⁴

6.6.2 Хто може заявляти про визнання договору недійсним?

Будь-яка особа, яка могла мати інтерес в отриманні конкретного контракту і яка понесла збитки або

¹³⁰ Рішення Європейського Суду від 28 жовтня 1999 року, *Alcatel Austria and others (C-81/98, ECR 1999 року, I-7.671) параграф 40.*

¹³¹ Стаття 2а «Директиви про засоби правового захисту»; Стаття 2а «Директиви про засоби правового захисту комунальних підприємств»; Стаття 60 «Директиви про захист».

¹³² Директиви 2004/17 / ЕС, 2004/18 / ЕС 2009/81 / ЕС встановлюють основні правила закупівель для публічних закуповують органів, контрактів у сфері комунальних послуг і контрактів щодо оборони та безпеки..

¹³³ Десятиденний ліміт часу спочатку був визначений Статтею XX (5) «Угоди щодо публічних закупівель»

¹³⁴ Стаття 2d «Директиви про засоби правового захисту»; Стаття 2d «Директиви про засоби правового захисту комунальних підприємств»; Стаття 60 «Директиви про захист».

ризиком зазнати збитків у зв'язку із порушенням має право вимагати визначення недійсним договору. Досить того, щоб особа, яка вимагає визнання договору недійсним, була позбавлена можливості брати участь у процедурі закупівлі, дотримуючись правил закупівлі. Не обов'язково визначати, що ця особа могла б отримати контракт.

6.6.3 Коли договір може бути визнаний недійсним судом або органом оскарження?

6.6.3.1 Загальне правило

«Директиви ЄС про засоби правового захисту» пропонують три випадки, коли контракт буде оголошений недійсним. Це включає:

1. Повідомлення про контракт здійснене не було. Контракт був присуджений без попередньої публікації повідомлення про контракт, у випадках, коли правила закупівлі вимагають такого повідомлення.
2. Не дотримання періоду очікування / призупинення. Контракт присуджений в порушення періоду очікування, якщо таке порушення:
 - Позбавляє учасника тендеру можливості подавати заяву про перегляд можливого застосування засобів правового захисту, які використовуються до присудження контракту, а саме, запобіжних заходів або скасування рішення замовника
 - Відбулось порушенням з боку замовника шляхом присудження контракту до того, як орган оскарження за заявою про вжиття тимчасових заходів, вжив таких заходів, і, отже, замовник таким чином перешкодив органу оскарження у прийнятті тимчасових заходів
 - Вплинуло на можливість учасника тендеру подавати заяву про перегляд, щоб отримати контракт шляхом його присудження в період очікування
3. Недотримання процедурних правил. Контракт присуджений з порушенням правил, що застосовуються до рамкових угода або динамічних систем закупівель, а ціна контракту вище чинної цінової межі, передбаченої правилами закупівлі.

Недійсність контрактів застосовується тільки в тих випадках, коли замовник порушує основоположні принципи процедури закупівель. Очевидно, що процедура закупівлі, без забезпечення необхідної прозорості або при укладенні контракту в період очікування, є порушенням основоположних принципів.

Присудження контракту, засноване на рамковій угоді або динамічній системі закупівель, не у відповідності з правилами проведення закупівель, є меншим порушенням основоположних принципів публічних закупівель, так як це може бути просто неправильною сумою балів, які використовуються при оцінці тендерів.

6.6.3.2 Виняток

Орган оскарження не має права оголошувати контракт недійсним, якщо є першорядні причини, які становлять суспільний інтерес і які вимагають залишення контракту без змін. Однак, таке право може бути використане тільки у виняткових випадках.¹³⁵ Наприклад, інтереси замовника повинні бути відокремлені від причин, що становлять такий суспільний інтерес. Суто фінансові причини можуть бути прийняті до уваги тільки, якщо вони приведуть до непропорційних наслідків. При закупівлі у сфері оборони або безпеки інтереси національної безпеки можуть виправдати відмову у визнанні контракту недійсним. Отже, орган з перегляду повинен проводити окрему оцінку кожного конкретного випадку.

¹³⁵ Стаття 2d (3) «Директиви про засоби правового захисту»; Стаття 2d (3) «Директиви про засоби правового захисту комунальних підприємств»; Стаття 60 «Директиви про захист».

6.6.4 Наслідки визнання договору недійсним

Трибунал має прийняти рішення про скасування договору ретроактивно. Замовник і учасник повинні опинитися у початковому положенні, як при укладенні такого договору. У деяких ситуаціях це може мати негативні наслідки, оскільки роботи, поставки або послуги не можуть бути зворотними.

Приклади

- 1 Замовник уклав договір на послуги з прибирання, але в процедурі закупівлі була відсутня попередня публікація повідомлення про контракт. Послуги виконуються деякий час до розірвання договору ретроактивно. Проблеми виникають, коли відбувається оплата наданих послуг, оскільки у такому разі відсутня призначена ціна.
- 2 Замовник присуджує контракт на будівництво, але в процедурі закупівлі була відсутня попередня публікація повідомлення про контракт. Після того, як був закінчений об'єкт, було прийнято рішення про розірвання контракту ретроактивно. Замовник повинен продовжити роботи і розпочати нову процедуру закупівлі. Так як відсутній контракт, відсутні і зобов'язання по виплаті за будівництво об'єкту за фіксованою ціною. Для продовження робіт, іншому суб'єкту економічної діяльності доведеться продовжувати будівництво об'єкту, який він спочатку не будував, за який, відповідно, він не буде нести відповідальності і не може покладатися на будь-які інші попередні зобов'язання. Все це створює труднощі в пошуку суб'єкта економічної діяльності для завершення контракту в цілому, без додаткового підвищення цін.
- 3 Після аварії, яка зруйнувала автотранспортувач, замовник купив новий автотранспортувач, який був спеціально адаптований для роботи зі шлаком з установкою для спалювання відходів. Автотранспортувач необхідний для забезпечення надання комунальних послуг. Замовник витратив занадто багато часу для цієї закупівлі, що вона може бути виконана за прискореною процедурою закупівель. Якщо було прийнято рішення про розірвання контракту на закупівлю ретроактивно, комунальні послуги не можуть бути виконані.¹³⁶
- 4 Головна асоціація соціального страхування уклала рамкову угоду на програмне забезпечення для збору даних з використання лікарських засобів. Асоціація обрала три компанії з провадження програмного забезпечення для лікарів, без проведення процедури закупівлі. Якщо було прийнято рішення про розірвання контракту ретроактивно, то надані послуги повинні бути повернуті, що в даному випадку реалізувати важко. Отже, контракт може бути розірваний в частині невиконаних робіт. Проте, замовник продовжує укладати контракти на підставі неіснуючої рамкової угоди.¹³⁷

Таким чином, доцільно визнавати недійсним договори або в частині обсягу ще невиконаних робіт або у тій частині, строк виконання за якою не настав. У таких випадках, замовник і учасник вже отримали вигоди від протиправної поведінки, і до них повинні бути застосовані відповідні санкції.

6.6.5 Альтернативні санкції

Якщо договір не скасований ретроактивно, альтернативні санкції повинні бути накладені на замовника.¹³⁸ Альтернативні санкції мають бути «ефективними, пропорційними та переконливими». Альтернативні санкції, так чи інакше, схожі на штрафи у сфері картельного права, так як вони не є відповідальністю у рамках кримінального права, а мають бути застосовані за серйозні порушення принципів закупівель.

¹³⁶ Vergabekontrollsenat Wien Рішення від 26 травня 2011, VKS-2573/11.

¹³⁷ 129 Bundesvergabeamt Рішення від 13 травня 2011, F / 0002, F / 0007, F / 0008, F / 0009-BVA / 13 / 2011-69 та від 29 грудня 2011, F / 0011-BVA / 13 / 2011-37.

¹³⁸ Стаття 2e «Директиви про засоби правового захисту»; Стаття 2e «Директиви про засоби правового захисту комунальних підприємств»; Стаття 60 «Директиви про захист».

Альтернативні санкції включають накладення на замовника штрафу, з урахуванням аспектів справи. Наприклад, з огляду на ступінь порушення правил закупівель і одержуваної вигоди, або тривалість порушення. Проте, штраф не повинен бути виплачений того ж органу, до якого належить замовник, тому що це буде тільки перерахунок з однієї бюджетної позиції в іншу, і, відповідно, не буде мати стримуючий вплив. Таким чином, платіж повинен бути зроблений в інший орган, незалежний від замовника. В австрійській практиці платіж коштів проводиться в фонди на соціальні потреби, або з метою розвитку бізнесу.

6.7 Відшкодування збитку

Відповідно до «Директиви про засоби правового захисту», національне законодавство може передбачати відшкодування збитків на підставі того, що рішення замовника було визнане незаконним.¹³⁹ В рамках ЄС держави-члени визначають орган, правомочний у відшкодуванні шкоди суб'єкту економічної діяльності, який постраждав від порушення правил закупівель.

В цілому, роль трибуналу обмежується підтвердженням факту порушення закону про публічні закупівлі замовником. Трибунал не приймає рішення про розмір компенсації і не зобов'язаний встановлювати розмір збитку, понесеного заявником. Остаточне рішення про суму збитку приймає суд. Для того, щоб вимагати відшкодування збитків, заявник / позивач повинен довести суду, що мало місце порушення закону про публічні закупівлі і йому була заподіяна шкода, а також про наявність причинно-наслідкового зв'язку між порушенням і заподіянням шкоди. Порушення буде встановлено на підставі рішення трибуналу. Таким чином, заявник лише повинен довести, що йому було завдано шкоди таким порушенням.

Сумою вимоги можуть бути витрати на підготовку пропозиції або участі у процедурі присудження, а також може бути заявлено про втрачену вигоду за контрактом. Позивач повинен вибрати, на що він посилатиметься. «Директива про засоби правового захисту комунальних підприємств» передбачає, що для скарги з вимогою відшкодування витрат на підготовку пропозиції або участь у процедурі закупівлі, досить довести порушення і те, що позивач мав реальний шанс перемогти у тендері.¹⁴⁰ Якщо скарга вимагає відшкодування упущеної вигоди, позивач повинен довести реальну можливість отримання ним контракту, якщо процедура закупівлі була б проведена замовником законно. Позивачу складно довести отримання даного контракту, тому що він завжди буде мати у своєму розпорядженні неповну інформацію про проведену процедуру закупівель.

Цей засіб правового захисту не дуже часто використовується, тому що складно призначити компенсацію.¹⁴¹ З іншого боку, задоволення позовів про відшкодування завданої шкоди може стати ефективним стримуючим фактором для порушення законодавства про закупівлі замовником. У деяких випадках, навіть ті замовники, що вже виграли кілька судових процесів сумніваються щодо подачі позову про відшкодування шкоди.¹⁴²

Відповідно до практики Суду ЄС, строк для подачі скарги повинен починатись з дати, коли скаржник знав або повинен був знати про вказане ним порушення.

¹³⁹ Стаття 2 (1) (с) «Директиви про засоби правового захисту»; Стаття 2 (1) (d) «Директиви про засоби правового захисту комунальних підприємств»; Стаття 60 «Директиви про захист».

¹⁴⁰ Стаття 2 (7) «Директиви про засоби правового захисту комунальних підприємств».

¹⁴¹ Public Procurement Training for IPA Beneficiaries, Module F, Sigma 2010, стор. 19.

¹⁴² Див. Наприклад, процеси, пов'язані з Вирішенням Європейського Суду від 28 жовтня 1999 року, Alcatel Austria and others (C-81/98, ECR 1999 року, I-7.671).

6.8 Висновки

Єдиною метою засобів правового захисту є забезпечення індивідуальних прав суб'єктів економічної діяльності, гарантованих відповідно до законодавства про закупівлі. Засоби правового захисту починаються із заяви суб'єкта економічної діяльності з вимогою щодо правового захисту. Проте, через характер процедур закупівель, суб'єкти економічної діяльності повинні своєчасно звертатись до трибуналу про застосування засобів правового захисту. Первинною метою засобів правового

захисту є зміна рішення замовника, який порушує законодавство про закупівлі для того, щоб завершити процедуру закупівлі в законному порядку.

Види засобів правового захисту ЄС включають: запобіжні заходи - попередні постанови, які спрямовані на виправлення передбачуваного порушення або запобігання подальшого збитку інтересам зацікавлених сторін; скасування рішень - призначене для виправлення процедури закупівлі, шляхом скасування рішення замовника; недійсність договору - скасування договору, що має зворотну силу, у випадках виявлення грубих порушень правил закупівель; альтернативні санкції - необхідні на підставі грубих порушень принципів закупівель; і, відшкодування шкоди - застосовуються після укладення контракту, якщо замовник грубо порушив правила закупівель.

Однак, якщо держава хоче ввести об'єктивний контроль над процедурами публічних закупівель, повинні бути використані інші засоби. Наприклад, окрема організація може перевіряти процедури закупівель згідно зі своїми офіційними повноваженнями, або розглядати заяви зацікавлених осіб, і, за необхідності, вживати засоби правового захисту у разі виявлення порушень. При цьому, контроль може здійснюватися також за допомогою механізму рахункової палати.¹⁴⁴

Крім того, держави можуть давати право професійним асоціаціям залучати засоби правового захисту, щодо оскарження тендерних процедур членами таких асоціацій. Рішення трибуналу про застосування засобів правового захисту є найбільш вагомим результатом діяльності органу оскарження. Отже, перш ніж розглядати доступні варіанти, трибунал зобов'язаний використовувати свої повноваження щодо застосування своєї дискреції, а також своє право приймати рішення і діяти, перш ніж застосовувати засоби правового захисту. Застосування дискреції детально розглядається в наступному розділі.

143 *Механізми контролю рахунковими палатами у всіх державах членах.*

Дискреція

7.1 Огляд

Органи оскарження мають бути наділені дискрецією для того, щоб їх члени могли дозволяти собі деяку ступінь свободи при виборі між декількома юридично допустимими рішеннями, одне з яких є найбільш прийнятним для даної справи. Члени трибуналу мають право приймати рішення і діяти, відповідно таких рішень за їх вибором, так як дії щодо застосування законодавства до обставин справи, не у всіх випадках надає правильну відповідь. У цьому розділі розглядаються ситуації, в яких члени трибуналу можуть застосовувати дискрецію, і вивчаються чинники та основні кроки, які необхідно врахувати при реалізації такої дискреції. На загальнотеоретичній основі цей розділ ілюструє основні принципи і правила про те, як застосовувати дискрецію відповідно до рекомендацій Ради Європи (РЕ). Ці принципи і рекомендації відображають докладні керівництва з використання передового досвіду, розроблені в країнах загального права. Для того, щоб підкреслити особливості принципів і рекомендацій, протягом усього розділу наводяться численні практичні приклади, спрямовані на те, щоб проілюструвати функціональні кроки, які необхідно врахувати при реалізації дискреційних повноважень, і на те, як визначити спірні питання скарги. Ці приклади також спрямовані на надання допомоги членам трибуналу в ухваленні рішення про те, чи проводити усне слухання, а також, в прийнятті рішень щодо витребування доказів або вибору засобів правового захисту. Розділ починається з дослідження теми дискреції в контексті перспектив перегляду у сфері публічних закупівель.

7.2 Що таке дискреція?

Дискреція - це повноваження або право приймати рішення відповідно до власної думки або вибору.¹⁴⁴ У «Рекомендації № R (80) 2» з приводу реалізації дискреційних повноважень адміністративними органами (далі - «Рекомендація») Рада Європи визначає «дискрецію», як повноваження, яке залишає трибуналу певний ступінь свободи, щодо прийняття рішення, що дозволяє йому вибирати з декількох юридично допустимих рішень те, яке він вважає найбільш прийнятним. При реалізації цих принципів належним чином необхідно врахувати вимоги ефективного управління, а також врахувати інтереси третіх осіб і державні інтереси.¹⁴⁵

Слід зазначити, що законодавство ЄС не містить конкретних норм щодо цього питання, а отже, детальні положення повинні встановлюватися національним законодавством за умови дотримання принципів рівноправності та ефективності. Відповідно до Директив 89/665¹⁴⁶ та Директиви 2004/18¹⁴⁷, засоби правового захисту включають перевірку законності та доцільності рішення замовника. Тест на законність не може обмежуватися дослідженням того, чи було рішення замовника довірливим. З іншого боку, національний законодавчий орган може надати компетентним національним судам і трибуналам більш широкі повноваження з перегляду того, чи є рішення доцільним.¹⁴⁸ Наприклад, Суд ЄС постановив, що дане питання є питанням національного законодавства, а саме визначити в якій мірі компетентні органи адміністративного та судового контролю повинні врахувати той факт, що можливі упередження експертів вплинули на рішення про присудження контракту.¹⁴⁹

¹⁴⁴ <http://dictionary.reference.com/browse/discretion>.

¹⁴⁵ Рекомендація № R (80) 2 з приводу реалізації дискреційних повноважень адміністративними органами, прийнята Комітетом міністрів 11 березня 1980 р Рада Європи

¹⁴⁶ 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.

¹⁴⁷ 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.

¹⁴⁸ Рішення Європейського суду справедливості від 11 грудня 2014 Croce Amica One Italia (C-440/13, ECLI:EU:C:2014:2435), 41-46

¹⁴⁹ Рішення Європейського суду справедливості від 15 березня 2015 Evigilo (C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166) 41-46

7.3 Як застосовувати дискрецію?

Якщо члену трибуналу надана дискреція, то просте застосування права до фактів часто не дає правильну відповідь. Також, необхідно визначити яке з кількох можливих застосувань закону є найбільш справедливим і розумним, з урахуванням обставин конкретної справи.¹⁵⁰ Дискреція повинна застосовуватися розумно, сумлінно і на належних підставах. Вона не повинна застосовуватися у неправомірних цілях або на підставах, що не відносяться до справи, на особистих переконань або цінностях.¹⁵¹

7.3.1 Рекомендація

Рекомендація РЄ встановлює основні принципи, яких слід дотримуватися при реалізації трибуналом дискреційних повноважень. Основні принципи вимагають від трибуналу:

7.3.1.1 Непереслідування інших цілей, крім тих, для досягнення яких він наділений повноваженнями (цілі дискреційних повноважень)

Цей принцип підкреслює, що трибунал, наділений дискреційними повноваженнями, повинен розглядати, як основну та єдину мету, ту, заради якої ці повноваження були надані. Якщо рішення може спричинити інші наслідки, які не відповідають меті, заради якої надані дискреційні повноваження, то ці наслідки не охоплюються законності рішення.¹⁵²

7.3.1.2 Дотримання об'єктивності та неупередженості, беручи до уваги тільки фактори, що мають відношення до справи

Об'єктивність та неупередженість, при здійсненні дискреційних повноважень, включають зобов'язання трибуналу врахувати всі фактори, що мають відношення до конкретної справи, і тільки ці фактори, надаючи кожній справі своєї ваги. Такі фактори повинні враховуватися у встановленому порядку та не повинні нехтуватись, також слід уникати будь-якого неправильного судження, яке не має відношення до прийняття рішення.

Термін «фактори» включає в себе факти і правову основу для прийняття рішення. «Відповідні фактори» складаються з фактів, суджень і правової основи, які трибунал зобов'язаний прийняти до уваги в кожному конкретному випадку.

Трибунал зобов'язаний прагнути ознайомитися, при необхідності з власної ініціативи, з факторами, які він вважатиме відповідними в даному конкретному випадку. Наприклад, за допомогою документів, інформації від зацікавлених сторін чи третіх осіб і висновків експертів.¹⁵³

7.3.1.3 Дотримання принципу рівності перед законом та недопущення несправедливої дискримінації

Мета цього принципу полягає в запобіганні несправедливої дискримінації у спосіб забезпечення того, щоб до осіб в тих самих фактичних або юридичних ситуаціях застосовувалось таке ж відношення, як і в ситуаціях, коли реалізуються дискреційні повноваження.

Якщо різниця в ставленні заснована на розумних підставах і при цьому може бути об'єктивно виправданою з урахуванням переслідуваної мети, порушення принципу рівності перед законом немає. Несправедлива дискримінація існує тільки там, де різне ставлення не має розумного обґрунтування щодо цілей і наслідків аналізованої заходів.

Цей принцип не виключає можливості того, що трибунал змінить свою лінію поведінки, виходячи з міркувань суспільного інтересу, або тому, що колишня практика виявилася неналежною.¹⁵⁴

¹⁵⁰ *A Manual for Ontario Adjudicators, Society for Ontario Adjudicators and Regulators, 2000.,* стор 53.

¹⁵¹ *B. McLachlin, Rules and Discretion in the Governance of Canada, 56 Sask L. Rev., 1992, стор. 174.*

¹⁵² *Recommendation No. R (80) 2, paragraph 17.*

¹⁵³ *Recommendation No. R (80) 2, paragraph 19-21.*

¹⁵⁴ *Recommendation No. R (80) 2 paragraphs 22-23*

7.3.1.4 Підтримка необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками, які рішення може мати щодо прав, свобод та інтересів інших осіб, і метою, яку воно переслідує (пропорційність)

Цей принцип застосовується, зокрема, тоді, коли рішення, прийняте при реалізації дискреційних повноважень, негативно позначається на права, свободи чи інтереси особи; його метою є забезпечення розумного балансу між інтересами. Наприклад, суспільні інтереси, з одного боку, і приватні інтереси окремих осіб, з іншого. Принцип підкреслює, що трибунал, якому надається дискреція, не повинен надмірно обтяжувати окремих осіб, щодо переслідуваної мети.¹⁵⁵

7.3.1.5 Прийняття рішення в розумні, з точки зору конкретної справи, строки (розумні строки)

Метою цього принципу є захист сторін від свавілля трибуналу щодо часу. Одним з принципів перегляду у сфері закупівель є те, що перегляд повинен бути здійснений без зволікання. Так як перегляд в сфері закупівель передує контракту, рішення необхідно приймати рішення швидко, в іншому випадку процедура закупівлі не зможе бути продовжена на розумних підставах після завершення перегляду.

Приклад

Законом України «Про публічні закупівлі» встановлено, що строк розгляду скарги органом оскарження становить **10 робочих днів** з дати початку розгляду скарги, який може бути аргументовано продовжено органом оскарження **до 20 робочих днів**.

7.3.1.6 Послідовне застосування будь-яких загальних адміністративно-керівних принципів з урахуванням конкретних обставин кожної справи (послідовність)

Цей принцип підкреслює важливість послідовності в адміністративній практиці. Він відноситься до загального принципу рівності, і покликаний сприяти передбачуваності і визначеності, а також підкреслює необхідність окремого розгляду конкретних обставин кожної справи.¹⁵⁶

7.3.2 Загальні рекомендації для трибуналів

Рекомендується дотримуватися таких правил при реалізації дискреційних повноважень:

- Переслідувати законну мету
- Розглядати тільки релевантні фактори
- Наводити логічні аргументи
- Бути послідовним
- Ігнорувати особисте упередження
- Вибирати найбільш прийнятний варіант
- Розглядати кожен варіант
- Законність превалює над послідовністю
- Обговорювати зі своїми колегами

Наступні дев'ять пунктів розглядають і послідовно пояснюють кожне з цих правил.

¹⁵⁵ Recommendation No. R (80) 2 paragraph 24

¹⁵⁶ Recommendation No. R (80) 2 paragraph 30

7.3.2.1 Законна мета

Дискреція повинна здійснюватися в межах закону. Рішення повинні відповідати меті закону, а також його тексту.¹⁵⁷ При застосуванні дискреції, відповідно до закону про публічні закупівлі, рішення трибуналу повинні відповідати основним принципам закупівель. Ці принципи закупівель включають:

7.2.3.1.1. Рівне ставлення

Однакове ставлення до ідентичних ситуацій та різне ставлення до різних ситуацій.

Приклад

Якщо два учасники тендеру представляють ідентичні документи для кваліфікації на другому етапі обмеженої процедури, обидва документи повинні бути прийняті (якщо вони відповідають критеріям тендеру), або обидва документи повинні бути відкинуті (якщо критерії тендеру не дотримані). Якщо трибунал приходить до висновку, що обидва учасники тендеру повинні бути виключені, в зв'язку з їх нездатністю надати адекватні документи, трибунал зобов'язаний скасувати рішення замовника з оцінки кваліфікації тендеру і призначити нову оцінку.

Якщо замовник не зміг правильно оцінити документи заявника і, таким чином, учасник тендеру не проходить на другий етап обмеженої процедури, трибунал повинен зобов'язати замовника включити учасника тендеру до другого етапу обмеженої процедури.

7.2.3.1.2. Недискримінація учасників

Учасники тендерів не повинні відчувати дискримінацію за ознакою національності.¹⁵⁸ Дискримінація може бути прямою, при відкритому виключенні учасників тендеру через їхню національність або непрямою, при створенні таких умов, яким можуть відповідати тільки громадяни певної країни, або ж стверджуючи, що для учасників тендеру іншої національності, немає ніякого інтересу укладенні договору.¹⁵⁹ Навіть потенційна дискримінація учасників тендеру інших національностей безпосередньо відноситься до даного питання.¹⁶⁰

Приклад

Замовник не повинен обмежувати тендери для учасників з конкретного міста або регіону. Якщо це так, то трибунал зобов'язаний скасувати дискримінаційні умови тендера/контракту або скасувати тендер в цілому, якщо скасування дискримінаційних умов є неможливим.

Замовник вимагає використання в максимально можливій мірі використання національних матеріалів, споживчих товарів, робочої сили та обладнання. Органу оскарження доведеться скасувати це положення або відмінити процедуру закупівлі, якщо скасування дискримінаційних є неможливим.¹⁶¹

¹⁵⁷ *A Manual for Ontario Adjudicators, Society for Ontario Adjudicators and Regulators, 2000, p 53*

¹⁵⁸ *Рішення Європейського Суду від 21 липня 2005, Co.Na.Me. (C-231/03, ECR 2005, стор. I-7.287) параграф 19.*

¹⁵⁹ *Рішення Європейського Суду від 13 лютого 2007, Commission / Ireland (C-507/03, ECR 2007, стор. I-9.777) параграф 31.*

¹⁶⁰ *Рішення Європейського Суду від 13 жовтня 2005, Parking Brixen (C-458/03, ECR 2005, стор. I-8.585) параграф 55.*

¹⁶¹ *Рішення Європейського Суду від 22 червня 1993, Commission / Denmark (C-243/89, ECR 1993 стр. I-3.353).*

7.3.2.1.3 Прозорість

З метою забезпечення конкуренції на відкритому ринку послуг та сприяння проведенню огляду неупередженості процедур закупівель, певний ступінь достатньої реклами може мати місце.¹⁶²

Прозорість є вторинним принципом, що впливає з первинних принципів. Таких як, наприклад, рівність сторін,¹⁶³ та недискримінація¹⁶⁴ або принципів Договору про функціонування ЄС¹⁶⁵, з метою надання учасникам тендеру можливості побачити чи виконуються ці принципи.¹⁶⁶ Метою прозорості є захист учасників тендеру від свавілля замовника.¹⁶⁷

Принцип прозорості включає не тільки зобов'язання публікувати повідомлення про тендер¹⁶⁸, але і заздалегідь опублікувати критерії відбору¹⁶⁹ та присудження¹⁷⁰. Принцип прозорості означає, що всі умови та правила процедури повинні бути складені в зрозумілій, чіткій та недвозначній формі у повідомленні або документах контракту, з тим, щоб, по-перше, про все виправдано поінформувати учасників тендеру, і, по-друге, замовник мав можливість переконалися в тому, що представлена тендерна пропозиція відповідає критеріям, що застосовуються до відповідного договору.¹⁷¹ Замовник також повинен аргументувати свої рішення.¹⁷²

Приклади

Інформація про оголошені тендери повинна бути доступна всім учасникам тендеру (в залежності від процедури закупівель) і повинна містити всі відповідні вимоги. Якщо замовник порушує це зобов'язання, то трибунал зобов'язаний скасувати весь тендер.

Замовник вимагає, щоб поставлений товар мав сертифікацію CE, яка б показувала відповідність вимогам директиви ЄС щодо медичному обладнанню. Одна заявка на тендер була відхилена, оскільки медики сказали, що вона неповна, хоча і з сертифікацією PE. Трибуналу необхідно анулювати рішення щодо відхилення відповідного тендеру, так як продукт відповідає вимогам специфікацій.¹⁷³

7.3.2.1.4. Пропорційність

Вимоги, вибрані для оцінки тендерних пропозицій, повинні відповідати меті тендеру. При оцінці

¹⁶² Рішення Європейського Суду від 7 грудня 2000, *Telaustria* (C-324/98, ECR 2000, стор. I-10.745), параграф 62.

¹⁶³ Рішення Європейського Суду від 29 березня 2012, *SAG Slowensko* (C-599/10, ще не опубліковано OEC) параграф 25.

¹⁶⁴ Рішення Європейського Суду від 22 квітня 2010, *Commission / Spain* (C-423/07, ECR 2010 стр. I-3.429) параграф 75.

¹⁶⁵ Рішення Європейського Суду від 9 вересня 2010, *Engelmann* (C-64/08, ECR 2010 стр. I-8.219) параграф 49.

¹⁶⁶ Рішення Європейського Суду від 18 листопада 1999 року, *Unitron Scandinavia and 3-S* (C-275/98, ECR 1999, стор. I-8.291) параграф 31;

¹⁶⁷ Рішення Європейського Суду від 10 лютого 1982, *Transporoute* (76/81, ECR 1982, стор. 417).

¹⁶⁸ Рішення Європейського Суду від 6 квітня 2006, *ANAV* (C-410/04, ECR 2006, стор. I- 3.303) параграф 22.

¹⁶⁹ Рішення Європейського Суду від 18 жовтня 2001, *SIAC Construction* (C-19/00, ECR 2001, стор. I-7.725), 21, 43.

¹⁷⁰ Рішення Європейського Суду від 20 вересня 1988, *Beentjes* (31/87, ECR 1988, стор. 4.635) параграфи 31 і 36; від 26 вересня 2000 року, *Commission / France* (C-225/98, ECR 2000, стор. I-7.445) параграф 51; і від 17 вересня 2002, *Concordia Bus Finland* (C-513/99, ECR 2002, стор. I-7.213) параграф 62.

¹⁷¹ Рішення Європейського Суду від 10 мая 2012, *Commission / Netherlands* (C-368/10, ще не опубліковано OEC) параграф 109.

¹⁷² Рішення Європейського Суду від 18 June 2002 NI (C-92/00, ECR 2002, стор. I-5.553) параграф 45 і від 11 січня 2005, *Stadt Halle* (C-26/03, ECR 2005, стор. I-1) параграф 39.

¹⁷³ Рішення Європейського Суду від 14 червня 2007, *Medipac - Kazantzidis* (C-6/05, ECR 2007 стр. I-4.557).

пропорційності кваліфікаційних критеріїв тендеру, трибунал зобов'язаний проаналізувати їх сумісність з конкретним тендером, а не їх загальну прийнятність.

Приклад

Тендер на надання послуг з прибирання не може містити, як кваліфікаційний критерій, вартість, яка значно перевищує вартість тендеру. Якщо трибунал встановив, що кваліфікаційні критерії порушують принципи пропорційності, трибунал повинен або скасувати такий критерій, або скасувати весь тендер, якщо наявність такого критерію може істотно вплинути на кількість учасників тендеру.

При застосуванні основних принципів трибунал розглядає вид процедури присудження контрактів, спосіб публікації повідомлення про процедуру присудження контрактів, кваліфікаційні критерії та критерії відбору, тип послуг або товарів, які повинні бути надані відповідно до процедури присудження контрактів, і істотність передбачуваного порушення закону про публічні закупівлі.

7.3.2.2 Розглядати тільки релевантні фактори

Роблячи вибір, члени трибуналу повинні розглядати тільки релевантні фактори. Іншими словами, ті фактори, які відповідають меті та тексту закону. Члени трибуналу не повинні брати до уваги недоречні або такі, що не мають значення фактори.¹⁷⁴¹⁷⁵ При розгляді скарг, трибунал зобов'язаний розглядати факти конкретної процедури закупівель. Він не повинен брати до уваги будь-яку інформацію, що витікає з попередніх відносин з цим замовником або заявником. Зацікавлені сторони повинні бути інформовані про дії сторін, які намагаються представити нерелевантні фактори для того, щоб відвернути увагу від релевантних факторів.

7.3.2.3 Наводити логічні аргументи

Трибунал також повинен засновувати свої рішення на логічних аргументах для того, щоб пояснити причини свого рішення.¹⁷⁶ У ситуації, коли трибуналу доцільно вибирати між скасуванням всього тендеру і скасуванням одного або двох вимог тендеру, трибунал зобов'язаний навести докази та/або аргументи для вибору одного з варіантів. Ці причини повинні бути зрозумілими і обґрунтованими.

7.3.2.4 Бути послідовним

Подібні випадки повинні розглядатися однаково. Не повинно бути ніякої дискримінації на підставах, що не стосуються справи.¹⁷⁷ Трибунал повинен слідувати своїй попередній практиці, якщо раніше прийняті рішення були винесені відповідно до закону.

Приклад

Якщо трибунал приймає рішення про відновлення виключеного учасника тендеру у тендерній процедурі, такі ж підстави для відновлення повинні застосовуватися до всіх учасників тендеру, які подали аналогічні скарги по іншим процедурам проведення закупівель.

¹⁷⁴ *A Manual for Ontario Adjudicators, Society for Ontario Adjudicators and Regulators, 2000.,* стор 53.

¹⁷⁵ *B. McLachlin, Rules and Discretion in the Governance of Canada, 56 Sask L. Rev., 1992,* стор. 173.

¹⁷⁶ *Exercising discretion, Guiding Development - Practice Notes, New South Wales, 2001.,* стор. 3.

¹⁷⁷ *A Manual for Ontario Adjudicators, Society for Ontario Adjudicators and Regulators, 2000.,* стор 53.

Це також стосується визнання недійсним рішення замовника щодо виключення учасника тендеру з процедури через недотримання кваліфікаційних вимог.

7.3.2.5 Ігнорувати особисті упередження

Дискреція повинна використовуватися сумлінно. Застосування є недобросовісним, коли член трибуналу ігнорує викладені вище обмеження з неправомірними цілями. Наприклад, якщо на застосування членом трибуналу дискреції виявляється зовнішній тиск або впливають особисті почуття по відношенню до сторони, і його / її вибір зроблений не тільки на підставі фактору, що не має значення, але і недобросовісно.¹⁷⁸ При розгляді скарг трибунал зобов'язаний розглядати факти тільки конкретної процедури закупівель.

7.3.2.6 Вибирати один з варіантів

Можливість використовувати дискрецію не можна ігнорувати. Член трибуналу повинен вибрати один з доступних варіантів.¹⁷⁹

7.3.2.7 Розглядати кожен варіант

Член трибуналу повинен враховувати всі наявні фактори при прийнятті рішення щодо того, який варіант вибрати. Член трибуналу не повинен обмежувати свою дискрецію. Якщо закон передбачає можливість вибору, член трибуналу ніколи не повинен відмовлятися розглянути всі можливі варіанти.¹⁸⁰

7.3.2.8 Законність превалює над послідовністю

Відступ від практики, навіть якщо це призведе до непослідовно рішень трибуналу, має бути розглянутий. Наприклад, в минулому, трибунал був більш зосереджений на одному з варіантів рішення і не розглядав більш докладно інші доступні варіанти.

Крім того, трибунал зобов'язаний бути послідовним у своєму підході до відносин із замовником, який не надає тендерну документацію для розгляду в установлені терміни. Однак, якщо з'являються специфічні фактори, тобто замовник відмовляється надавати документи трибуналу, останній може вибрати інший варіант, якщо це передбачено законом.

7.3.2.9 Обговорювати зі своїми колегами

Хоча кожна справа передається окремому члену трибуналу, внутрішній процес прийняття рішень повинен включати в себе обговорення в присутності всіх членів трибуналу до прийняття остаточного рішення по суті справи. Бажано, щоб члени трибуналу консультувалися між собою для того, щоб оцінити різні варіанти відповідно до мети закону в цілому і метою положення, яке необхідно розглянути.

7.4 Що слід враховувати при застосуванні дискреції?¹⁸¹

1. **Визначити, що трибунал наділений повноваженнями.** Перевірити відповідні законодавчі акти, щоб упевнитися, що член трибуналу має право діяти або приймати рішення.

¹⁷⁸ *A Manual for Ontario Adjudicators, Society for Ontario Adjudicators and Regulators, 2000, стор 53.*

¹⁷⁹ *A Manual for Ontario Adjudicators, Society for Ontario Adjudicators and Regulators, 2000, стор 54.*

¹⁸⁰ *A Manual for Ontario Adjudicators, Society for Ontario Adjudicators and Regulators, 2000, стор 54.*

¹⁸¹ Підготовлено для даного посібника на підставі *Exercise of Discretion in Administrative Decision-Making, Ombudsman Western Australia 2009, стор. 4.*

2. **Дотримуватися законодавчих та адміністративних процедур.** Важливо, щоб члени трибуналу, які використовують дискреційні повноваження, слідували законодавчим та адміністративним процедурам. Наприклад, можуть бути виявлені передумови для застосування дискреції такі, як витребування доказів або дискусія між членами трибуналу на засіданні колегії.
3. **Збирати інформацію та встановлювати факти.** Перш ніж застосовувати дискрецію, необхідно зібрати інформацію і встановити факти. Деякі факти можуть бути представлені разом зі скаргою. Інші можуть бути отримані за допомогою запитів або додаткового розслідування.
4. **Оцінити докази.** Важливо оцінити і зважити всі докази, щоб визначити, які обставини і ключові факти стосуються справи. Ключовий факт - це факт, присутність або відсутність якого може вплинути на рішення. Докази повинні мати безпосереднє відношення до питань, що стоять перед трибуналом, і бути настільки точними, щоб будь-які суттєві факти могли бути чітко встановлені. При оцінці доказів, член трибуналу повинен ігнорувати пояснення, що не мають значення.
5. **Розглянути стандарт доказування, який необхідно застосувати.** Трибунал зобов'язаний розуміти, що сторони процесу оскарження повинні довести ті факти, на яких ґрунтуються їх претензії.
6. **Діяти розумно, справедливо, уникати конфліктів інтересів.** Члени трибуналу повинні діяти розумно, в тому числі, і при прийнятті рішень. Вони повинні діяти неупереджено і не повинні розглядати справи, що містять реальний або уявний конфлікт інтересів.
7. **Дотримуватися правила процесуальної справедливості.** Перш ніж діяти або приймати рішення, члени трибуналу повинні забезпечити процесуальну справедливість для всіх, кого, ймовірно, може торкнутися результат рішення.
8. **Розглядати сутність справи і виносити рішення.** Незважаючи на наявність певної політики, попередніх рішень і судових рішень, які має враховувати члени трибуналу, скаргу важливо розглянути по суті і винести рішення по розглянутому питанню.
9. **Навести причини прийнятого рішення.** Члени трибуналу повинні обґрунтовувати свої рішення.
10. **Створювати та вести записи.** Важливо, щоб створювалися і велися записи щодо прийнятих до уваги питань, оцінки доказів і причин прийняття рішень під час процесу.

7.5 Дискреція в практичних ситуаціях

Трибуналу надається дискреція у таких основних ситуаціях:

- Рішення про **запобіжні заходи**
- Визначення основних **питань** скарги
- Рішення щодо **проведення усного** розгляду
- Рішення про **призначення експертизи** або **витребування доказів** у органів місцевої/державної влади
- Рішення щодо **обрання засобу правового захисту** щодо порушень закону про публічні закупівлі¹⁸²

7.5.1 Вжиття запобіжних заходів

Трибунал може вжити запобіжні заходи. Трибунал зобов'язаний брати до уваги кілька аспектів при прийнятті рішення про вжиття запобіжних заходів. Зокрема, вони включають:

¹⁸² Наприклад, щоб скасувати процедуру присудження контракту, оцінку пропозицій, умов контрактів або кваліфікаційні критерії

- Баланс інтересів
- Заходи, які є необхідними і відповідними
- Рішення про тривалість заходів

7.5.1.1 Баланс інтересів

7.5.1.1.1 Загроза настання шкоди або збитків

Як визначити шкоду або збитки, які загрожують заявнику та вимагають введення тимчасового розпорядження для їх утримання, поки трибунал розглядає справу?

Приклади

1. Замовник прийняв рішення про присудження контракту. Після того, як пройшов період очікування, замовник може укласти контракт. Скаржник не може припинити процедуру проведення закупівель. Скаржник постає перед загрозою збитку від втрати договору. Таким чином, необхідно запобігти укладенню договору замовником. В іншому випадку, процедура перегляду може стати неефективною, так як трибунал неуповноважений скасувати рішення про присудження контракту після укладання такого контракту. Отже, трибунал, принаймні, може заборонити замовнику укладати договір.
2. Замовник прийняв рішення про відхилення пропозиції учасника тендеру. Рішення про присудження контракту ще не було прийнято. Скаржник не стикається із загрозою збитку, у разі втрати договору, так як замовнику все ще необхідно прийняти рішення про присудження договору, яке йому потрібно буде відправити заявнику, і проти щодо якого останній матиме можливість вжити відповідні заходи. Таким чином, немає необхідності вживати запобіжні заходи на цьому етапі процедури закупівлі.

7.5.1.1.2 Перспективи скарги

Потрібно оцінити чи є перспективи задоволення скарги. Трибунал зобов'язаний виконати попередню оцінку скарги для того, щоб побачити чи досягне заявник своєї мети по суті скарги. Якщо немає шансів, що заява буде задоволено, трибунал не повинен вживати запобіжні заходи.

Приклади

Замовник хотів купити обладнання для лікарень. Заявник запропонував обладнання, що вже було у використанні замість нового. Замовник відхилив його тендер. Заявник подав клопотання про застосування запобіжних заходів. Якщо в тендерних документах є положення, яке вимагає нових продуктів замість вживаних, які запропонував заявник, заявник не має шансів виграти справу. Трибунал може враховувати цю обставину, коли він приймає рішення про запобіжні заходи.¹⁸³

7.5.1.1.3. Інтереси сторін

Трибунал зобов'язаний визначити інтереси сторін. Наприклад:

¹⁸³ Див. Рішення Європейського Суду від 9 квітня 2003, *CS Austria* (C-424/01, ECR 2003 стор. 3.249).

- Які інтереси заявника в житті запобіжних заходів?
- Які інтереси замовника у продовженні процедури закупівлі?
- Які інтереси інших сторін у призначенні житті запобіжних заходів або відмові у житті заходів?
- Чи мають до цього відношення будь-які суспільні інтереси, якщо такі суспільні інтереси відмінні від інтересів замовника?

Трибунал зобов'язаний врівноважити ці інтереси і шанси на успіх позову для того, щоб визначити чи потрібно вживати запобіжні заходи. Якщо трибунал вважає, що він не буде вживати такі заходи, він може не переходити до кроків 2 і 3 при здійсненні дискреційних повноважень.

Приклади

1. Замовник прийняв рішення про присудження контракту на користь Б. Учасник А. має інтерес в укладенні контракту. Учасник А. оскаржив процедуру і звернувся із заявою про запобіжні заходи. Скарга учасника А. виглядає обґрунтованою. Відсутні особливі суспільні інтереси у швидкому укладанні контракту, але є суспільний інтерес у визначенні кращої тендерної пропозиції відповідно до специфікацій контракту та відповідно до закону. Таким чином, інтереси заявника у житті запобіжних заходів переважають над інтересами замовника в присудженні контракту. Трибунал зобов'язаний заборонити замовнику укладати контракт.
2. Замовник розпочинає процедуру закупівлі, відправивши контрактні документи кандидатам. Один кандидат вважає, що контрактні документи містять дискримінаційні положення. Таким чином, кандидат оскаржує процедуру і просить вжити запобіжні заходи. Його інтереси беруться до уваги в законній процедурі закупівель. Учасник хоче представити свою тендерну пропозицію у встановленому законодавством порядку. Проте, час на подачу тендерної документації має закінчитись до того, як трибунал зможе прийняти рішення. Учасник, безумовно, має зацікавленість у житті запобіжних заходів, які можуть надати йому можливість представити тендерну пропозицію у встановленому законом порядку. Так як скарга учасника є досить обґрунтованою, трибунал переважно призначає запобіжні заходи, тому що інтереси заявника щодо участі в законній процедурі закупівлі переважають над інтересами замовника щодо продовження процедури закупівлі. Такі заходи забороняють замовнику оголошувати тендери і зупиняють час представлення тендерних пропозицій. Це рішення не вимагає від заявника подання тендерної пропозиції, яку заявник вважає дискримінаційною. Після закінчення процедури перегляду, у заявника буде достатньо часу, щоб представити свою тендерну пропозицію.
3. Замовник закуповує вакцини, так як він очікує епідемію. Один учасник тендеру вважає, що тендерна документація є дискримінаційною і виступає проти неї. Замовник зазначає, що необхідно невідкладно розпочати вакцинацію з метою захисту населення від загрози епідемії. Якщо загроза епідемії є обґрунтованою, трибунал не повинен вживати запобіжні заходи, оскільки тут існує суспільний інтерес охорони життя і здоров'я населення, і цей інтерес переважає над інтересом позивача.

7.5.1.2 Заходи, які є необхідними і прийнятними

Трибунал зобов'язаний визначити захід, застосування якого є необхідним для уникнення можливої шкоди або збитку. Трибунал може приймати будь-які розпорядження, які допомагають досягненню цієї мети. Однак цей захід повинен відповідати конкретній ситуації, яка залежить від етапу процедури закупівель і позицій учасників тендеру. Захід має бути найменш обтяжуючим для замовника

Приклади

1. Учасник оскаржує присудження договору. Наступним кроком замовника має бути укладення контракту. Прийнятою мірою є заборона замовнику укласти договір.
2. Заявник вимагає перегляду тендерних документів. Час подання тендерних заявок закінчується до винесення судом рішення у даній справі. Необхідним заходом є заборона закуповувати органу розкривати тендери і призупинення часу подання тендерних заявок таким чином, щоб забезпечити продовження тендеру після закінчення процедури щодо перегляду.
3. Заявник виступає проти рішення замовнику не запрошувати його представляти тендерну пропозицію на другому етапі договірної процедури. Щоб зберегти його шанси на відкрите участь і дати всім учасникам тендера рівний час на підготовку їх тендерних пропозицій, суд зобов'язаний заборонити закуповувати органу запрошувати учасників тендеру надавати тендерні пропозиції. Необхідним заходом є заборона закуповувати органу запрошувати кандидатів надавати тендерні пропозиції. Це буде найменш обтяжує міра, тому що вона є єдиною мірою досягнення мети, а також надає шанс закуповувати органу переглянути і скасувати своє рішення.

7.5.1.3 Час

Тривалість запобіжних заходів має бути визначена у рішення органу оскарження. Часу дії запобіжних заходів має бути достатньо для проведення процедури перегляду. Тому тривалість має бути визначена або певним періодом або трибуналу необхідно прийняти рішення про вжиття запобіжних заходів до кінця процедури перегляду.

7.5.2 Визначення питань скарги

Визначення питань скарги є найбільш важливою частиною процесу прийняття рішень, оскільки воно встановлює, які чинники будуть мати вирішальне значення для трибуналу при перегляді скарги. Іншими словами, «питання» становлять реальну сутність спору між замовником та скаржником. Хоча з точки зору Рекомендації РЄ трибунал не реалізовує дискреційні повноваження при визначенні питань скарги, ми вважаємо, що при встановленні питань скарги трибунал все ж повинен застосовувати деякі принципи дискреції.

У скарзі та відзиві на скаргу сторони визначають, що вони вважають питаннями в процедурі оскарження. Визначення питань скарги - це право трибуналу, і межі перегляду трибуналу не обмежується тільки питаннями, наведеними у скарзі. Проте, трибунал обмежується обставинами конкретної тендерної процедури. Трибуналу необхідно оцінювати, що безпосередньо відноситься до справи, для прийняття рішення у справі. Він повинен ретельно оцінити, наскільки дії і / або рішення замовника, оскаржені у скарзі, складають порушення закону про публічні закупівлі, або чи порушує процедура закупівель закон у деяких інших аспектах, не згаданих у скарзі. У будь-якому випадку, трибунал зобов'язаний чітко обґрунтувати свій висновок. Така оцінка не може бути довільною і повинна застосовуватися послідовно у всіх процедурах.

7.5.3 Рішення щодо проведення усного розгляду

Згідно зі Статтею 6 ЄКПЛ, трибунал зобов'язаний провести усні слухання. Однак усні слухання не завжди необхідні і можуть в певних випадках не проводитися. При прийнятті рішення про проведення усного слухання трибунал зобов'язаний враховувати наступне:

- Принцип **справедливого судового розгляду**. Зазвичай для цього потрібно усне слухання.
- **Складність** справи. Якщо трибунал може прийняти рішення на підставі матеріалів справи, і немає необхідності заслуховувати сторони, усне слухання може і не проводитися.

- **Тип рішення.** Якщо рішення стосується тільки процедурних аспектів, як, наприклад, призначення зовнішнього експерта, то усне слухання не є необхідним.
- Переконатися, що усне слухання є необхідною, для того щоб **саме заслухати** сторони.
- Чого **досягне** трибунал при усному слуханні. Усні слухання повинні порівнюватися з подачою пояснень у письмовій формі.
- Чи є необхідним заслуховувати **свідків**?
- Надав чи експерт свій **експертний висновок**, і чи потрібно буде йому представляти його перед сторонами?
- Чи вплине проведення усних слухань на **процесуальні строки**, які повинні дотримуватися трибуналом? Або ж чи більш важливим є забезпечення захисту принципу справедливого розгляду, ніж проведення процедури оперативно?

Причини для проведення усних слухань у кожному конкретному випадку повинні бути чітко сформульовані і трибунал має враховувати всі відповідні аспекти.

7.5.4 Рішення про витребування доказів

Трибунал завжди повинен враховувати, чи був дотримано критерій доведеності, і чи може трибунал винести обґрунтоване та справедливе рішення на підставі наявних фактів. Критерії доведення мають бути визначені у національному законодавстві. Проте, трибунал може покладатися на загальну доктрину, яка використовується в більшості країн романо-германського і загального права, і яка передбачає, в основному, два критерії доведення:

- **Перевага доказів.** Більшої ваги матимуть докази, які характеризуються не кількістю, а якістю.
- **Чіткі та переконливі докази.** Докази на підтвердження обставин мають бути чіткими. Це має більше значення ніж у більшості цивільних справ, але має менше значення, ніж докази поза всяких розумних сумнівів, властиві кримінальному судочинству.

Як впливає з вищевикладеного, трибунал може витребувати будь-які докази, в тому числі, експертні висновки або будь-яку іншу інформацію/документи від органів місцевої чи центральної влади або сторін процедури перегляду. Проте, трибунал зобов'язаний враховувати обґрунтованість доказів, а також час і витрати необхідні для отримання доказів при їх випробуванні.

Якщо трибунал зобов'язаний відповісти на питання, які вимагають спеціальних знань, яких члени трибуналу не мають, він повинен буде проконсультуватися з експертом. Трибунал зобов'язаний буде допитати осіб, які беруть участь у процедурі закупівлі у якості свідків, в разі виникнення питань, на які може відповісти тільки експерт. Якщо учасникам тендеру необхідно було представити зразки і якість представлених зразків сумнівна, трибунал зобов'язаний буде перевірити ці зразки.

Навіть якщо збір додаткових доказів збільшить час та витрати процедури, трибунал зобов'язаний їх витребувати, оскільки це допомагає поліпшити якість рішень і часто це єдиний спосіб встановити обставини, встановлення яких є необхідним для прийняття рішення.

До призначення експерта, трибунал повинен вислухати сторони. Сторони повинні мати можливість надати пояснення щодо питань, які буде ставити перед експертом трибунал. Проте, саме трибунал приймає рішення про необхідність залучення експерта.

Приклади

1. Замовник проводить має намір провести тендер на днопоглиблювальні роботи у річках. Подали тендерні пропозиції тільки два учасники. Один з учасників належить до групи учасників тендерів, яка контролює більш 90% відповідного ринку. Для того щоб визначити чи зможе він виконати контракт самостійно, замовнику необхідно отримати висновок експерта, який знає і розуміє цей бізнес і відповідний ринок.
2. Заявник у своїй скарзі стверджує, що учасник тендеру, який оголошений переможцем, запропонував занижені ціни. Оскільки жоден з членів трибуналу не має необхідних знань про ринок, необхідним є висновок експерта щодо перевірки заявлених цін.
3. Заявник стверджує, що відгуки, що містяться в кращій тендерній пропозиції, некоректні, і учасник не виконував в повному обсязі вказані завдання. Найпростішим способом з'ясувати це є допит свідків.

7.5.5 Рішення щодо засобів правового захисту

Після оцінки доказів і встановлення обставин справи трибунал приймає рішення по суті скарги. Трибунал не має права на свій розсуд вирішувати, чи був порушений закон про публічні закупівлі, якщо встановлені факти явно свідчать про порушення.

Трибунал може на свій розсуд приймати рішення про тлумачення тендерної документації. Однак, трибунал має обмежену дискрецію щодо рішення про застосування певного виду засобів правового захисту. При прийнятті рішення щодо окремих засобів правового захисту трибунал зобов'язаний брати до уваги кілька моментів. Ключовими з них є, на якому етапі процедури закупівель виявлено передбачуване порушення закону про публічні закупівлі, і який ступінь порушення. Крім питання про правомірність, трибуналу буде необхідно поставити запитання про обґрунтованість порушення закону для результату даної процедури закупівлі.

Приклад

Скаржник посів третє місце в процедурі закупівлі. Скаржник стверджував, що тендерні пропозиції, які займають перше і друге місця повинні були бути відхилені. Замовник зробив помилку при оцінці тендерних пропозицій. Тендерна пропозиція, що займає друге місце, повинна було бути відхилено, а тендерна пропозиція, що займає перше місце, відповідає вимогам тендерної документації в повному обсязі.

Навіть якщо замовник порушив законодавство про закупівлі, але не відхилив тендерну пропозицію, яка посіло друге місце, ця протизаконна дія не має ніякого впливу на результат процедури закупівлі, оскільки тендерна пропозиція, на підставі якого присуджується договір, залишиться без змін, і замовник укладе договір з даними учасником тендера.

7.6 Висновки

Члени трибуналу мають право приймати рішення і діяти відповідно до їх переконання щодо конкретної справи. Дискреція надається, оскільки історично склалося так, що у самим лише застосування закону до обставин справи не у всіх випадках можна отримати правильну відповідь. Тому дискреція надається трибуналам для того, щоб його члени могли дозволити собі деяку ступінь свободи, що забезпечує можливість вибирати з декількох юридично допустимих рішень, одне, яке є найбільш прийнятним. Крім того, при реалізації цих принципів видається необхідним визначити, яке з кількох можливих застосувань закону є найбільш справедливим і розумним, з урахуванням конкретних обставин справи, що розглядається.

Коли трибунал застосовує свої дискреційні повноваження, він повинен врахувати ряд принципів, перш ніж винести рішення. Цей ряд принципів необхідно врахувати для того, щоб переконатися, що трибунал: не переслідує інших цілей, окрім тих, для яких були дані повноваження; дотримується об'єктивності та неупередженості, беручи до уваги тільки ті фактори, що відносяться до конкретної справи; дотримується принципу рівності перед законом, уникаючи несправедливої дискримінації; підтримує необхідний баланс між будь-якими негативними наслідками від рішення щодо прав, свобод чи інтересів осіб, і метою, яку переслідує це рішення; приймає рішення в розумні, з точки зору даної справи, строки; і послідовно застосовує будь-які загальні принципи з урахуванням конкретних обставин кожної справи.

Крім того, кілька загальних рекомендацій були запропоновані трибуналу для врахування та щоденного використання при виконанні своїх обов'язків. Членам трибуналів рекомендується: переслідувати законну мету; розглядати тільки релевантні фактори при здійсненні вибору; приводити логічні аргументи для використання дискреції; бути послідовним при розгляді схожих справ; ігнорувати особисті упередження; розглядати кожен з доступних варіантів і вибирати один; і обговорювати з колегами рішення до його остаточного прийняття.

Крім того, трибунал зобов'язаний врахувати кілька логічних кроків при використанні дискреції. Метою цих кроків є створення пам'ятки для членів трибуналу, якої потрібно дотримуватися при реалізації дискреції. Ці кроки починаються з поради трибуналу перевірити відповідне законодавство, щоб переконатися, що трибунал має повноваження діяти або приймати рішення з питання, і слідувати процедурам на основі регламенту і адміністративних процедур. Трибунал також повинен отримати відповідну інформацію, встановити факти у справі, проаналізувати і оцінити зібрані докази та основні виявлені факти.

Трибунал також повинен врахувати застосування стандартів доказування, діяти розумно та справедливо, уникаючи конфлікту інтересів, але, в той же час, дотримуючись правил процесуальної справедливості. Крім того, трибунал зобов'язаний розглянути справу по суті і винести рішення із зазначенням причин прийняття цього рішення. Створення і ведення документів, які містять опис питань, прийнятих до уваги в процесі, і визначення ваги доказів і причин прийняття даного рішення, є найважливішим елементом в процесі перегляду.

Більш того, кожному і будь-якому трибуналу надається дискреція в ряді принципових ситуацій. Ці ситуації включають в себе: рішення про те, чи вживати запобіжні заходи; визначення основних питань скарги; рішення про те, чи проводити усне слухання; рішення призначенні експерти або витребування доказів; і, рішення щодо засобів правового захисту у зв'язку з порушенням законодавства про публічні закупівлі - наприклад, скасувати процедуру присудження договору, оцінку тендерних пропозицій, умов договору або кваліфікаційних критеріїв.

Декілька аспектів повинні бути взяті до уваги до прийнятті рішення про вжиття запобіжних заходів. До них відносяться: забезпечення балансу інтересів сторін у процесі; визначення необхідних і відповідних заходів для уникнення шкоди або збитків, які можуть настати; термін, протягом якого мають діяти запобіжні заходи. Визначення питань скарги є найбільш важливою частиною процесу прийняття рішень, тут виявляються фактори, які мають вирішальне значення для трибуналу при проведенні процедури перегляду. Іншими словами, у спосіб визначення основних питань визначається реальна суть спору.

При вирішенні питання щодо проведення усного слухання трибунал зобов'язаний враховувати принцип справедливої торгівлі та складність справи, а також зважити чи дійсно необхідно заслуховувати сторони. При прийнятті рішення щодо призначення експертизи або витребування

доказів трибунал зобов'язаний розглянути питання про те, чи був виконаний дотриманий стандарт доведення та чи може достатньо обґрунтоване та справедливе рішення бути винесене на основі доступних фактів.

Розглянувши необхідні кроки, які трибуналу слід враховувати при винесенні рішення, наступним завданням для членів трибуналу буде самого підготовка рішення. Рішення повинно бути підготовлено у форматі, який дозволить йому бути представленим і опублікованим для у загальному доступі. Питання щодо складання та написання рішень є предметом наступного розділу.



Складання рішень

8.1 Огляд

Складання та написання рішень є, ймовірно, найважливішим завданням трибуналу. Опубліковане рішення демонструє широкій громадськості надійність трибуналу та аналітичні здібності його членів, які наводять свої справедливі та логічні висновок, виходячи з представлених доказів і ключових фактів, заснованих на аргументах сторін. У цьому розділі розглянуто кілька різних підходів до складання та написання рішень. На додаток до основної структури рішення, членам трибуналу, відповідальним за підготовку та публікацію рішення, необхідно брати до уваги загальновибрану структуру рішень, включено з альтернативними заголовками та різними стилями написання, а також методи перегляду проектів рішень. Ці окремі питання детально розглядаються в даному розділі, з конкретними прикладами для ілюстрації ключових моментів. Розділ починається з розгляду підходів до написання рішення, а також описує декілька типів загальновибраних структур для рішень.

8.2 Як існують підходити до складання рішень?

Написання рішення повинно бути здійснено за керівництвом та управлінням відповідального члена трибуналу. Тільки від самих членів трибуналу залежить необхідність залучення додаткового персоналу. Ступінь участі додаткового персоналу може варіюватися від проведення досліджень та попереднього правового аналізу до підготовки першого проекту рішення. Ступінь залучення персоналу може також залежати від складності справи та обсягу роботи.

Перш ніж почати писати, автор (и) повинен (і) подумати про те, що повинно бути зазначено у рішенні і яким чином це повинно бути викладено. Крім того, слід подумати про обсяг рішення та аудиторію, якій воно адресовано. По-перше, скарга і всі інші заяви, зроблені в ході розгляду процедури, включаючи результати проведення усного розгляду, повинні бути розглянуті і узагальнені у рішенні.

По-друге, повинні бути впорядковані істотні факти і питання, які повинні бути вирішені відповідно до чинного законодавства. Нарешті, повинен бути зроблений висновок. Однак, це не означає, що член трибуналу не може змінити свою думку в питанні застосовного засобів правового захисту. Підготовка до написання рішення необхідна для того, щоб забезпечити основу, яка слугуватиме планом або базою для прийняття рішення.

Для того, щоб організувати свої думки, автор може підготувати план важливих фактів, питань і пунктів. Кращий час для підготовки плану - після першого розгляду скарги та тендерної документації від замовника. План повинен коротко описувати такі основні пункти:

- Питання або питання процедури перегляду рішення
- Висновки на підставі фактів щодо виявлених питань, засновані на наявних доказах
- Визначення законодавства, яка має бути застосована до фактів
- Застосування закону до фактів для прийняття рішення¹⁸⁴

¹⁸⁴ A Manual for Ontario Adjudicators, Society for Ontario Adjudicators and Regulators, 2000., стор. 152.

8.3 Якою повинна бути структура рішення?

Згідно з принципами ЄКПЛ, трибунал зобов'язаний навести причини свого рішення, які повинні бути чіткими і містити пояснення правових та фактичного підстави прийняття рішення. Однак, оскільки метою даного посібника є надання членам трибуналу прикладів кращих практик, нижче розглядаються та описуються декілька різних структур рішень. Три рекомендованих нижче структури рішень є прикладами практики написання рішень трибуналу в інших країнах. Ці структури рішення є чіткими та короткими прикладами для трибуналів.

Приклад 1

Загальна рекомендована структура розгорнутого рішення органів оскарження у країнах континентального права

- вступ¹⁸⁵
- визначення питань, щодо яких потрібно прийняти рішення¹⁸⁶
- опис істотних фактів справи
- короткий виклад діючого законодавства
- аналіз¹⁸⁷
- висновки

Приклад 2

Структура, що використовується Європейським судом справедливості та Європейського суду загальної юрисдикції

- ключові слова
- сторони справи та інші учасники
- склад трибуналу
- вступ
- закон, що підлягає застосуванню
- факти справи
- суть скарги або основні питання¹⁸⁸
- допустимість
- аналіз
- вердикт

¹⁸⁵ Повинне передбачати ідентифікацію сторін, адміністративного органу, предмет процедури, процедурна позиція справи і рішення.

¹⁸⁶ Хоча існує не так багато країн, які мають спеціальний розділ, присвячений питанням, його включення в рішення полегшує розуміння справи сторонам у справі, іншим учасникам тендеру і закуповують органам.

¹⁸⁷ Застосування закону до фактів справи та вирішенню питань ..

¹⁸⁸ Буде залежати від виду процедури.

Приклад 3

Рекомендована структура від Федерального Агентства закупівель Австрії

- ключові слова¹⁸⁹
- орган, який приймає рішення¹⁹⁰
- найменування сторін та їх статуси
- предмет процедури
- вердикт
- узагальнення - скарги та всіх інших заяв наданих в ході процедури перегляду
- узагальнення - результатів усного розгляду
- факти процедури¹⁹¹
- аналіз¹⁹²

Ці структури рішень призначені для надання членам трибуналів ідей, як будувати свої власні рішення. Всі структури складаються з однакових елементів, хоча і різняться за порядком їх викладення. У наступних підрозділах елементи окремих структур рішень будуть розглянуті.

8.3.1 Вступ

Метою вступу є зорієнтувати і направити читача. Вступ коротко описує справу, оскаржену процедуру тендеру та предмет скарги. Також вступ повинен описувати рішення, в якому буде вказане порушення замовником закону, якщо скарга є справедливою, або відсутність порушення, якщо трибунал відмовляє у вимогах і, таким чином, підтверджує правильність дій замовника.

Слід також описати процесуальний та юрисдикційний статуси і склад трибуналу, зазначити сторін процесу і вказати питання, які будуть вирішуватися, якщо вони не настільки складні і комплексні, щоб виносити їх для розгляду в окремий розділ.¹⁹³ Вступ є коротким викладом справи/скарги. Автор рішення не в змозі написати вступ, поки він/вона не зрозуміє, яким буде висновок. Іноді автор не знає, які питання, в якій кількості і яким чином вони повинні бути вирішені, поки автор рішення не підготує юридичний аналіз щодо кожного питання.¹⁹⁴

Остаточний варіант вступу краще написати після прийняття рішення, коли член трибуналу остаточно визначив питання і висновки, а також здійснив аналіз.¹⁹⁵

¹⁸⁹ Включаючи заголовок, пов'язаний з договором, і рішення, яке оскаржується.

¹⁹⁰ Включаючи імена членів трибуналу

¹⁹¹ Повинні бути отримані з доказів, включаючи пояснення, чому і яким чином викладені факти були отримані

¹⁹² Повинен складатися з: прийнятності; правових питань скарги, які можуть бути розділені на кілька пунктів, якщо потрібно відповісти на кілька правових питань; рішення про витрати, кожне представлено відповідно до застосовуваного закону, застосування закону до справи, вирішення питань.

¹⁹³ Edward Berry, *Writing Reasons, A Handbook for Judges*, EM Press, 2007, стор. 31.

¹⁹⁴ JC Raymond, *The Architecture of Argument, The Judicial Review: Journal of the Judicial Commission of New South Wales*, 7, 2004, стор. 49.

¹⁹⁵ *Judicial Writing Manual*, Federal Judicial Center, 1991, стор. 10.

Типове введення

«Згідно зі Статтею [...] Закону № [...] «Про публічні закупівлі», зі змінами, орган оскарження на засіданні, розпочатому [...] 2011 року, щодо Скарги № [...], поданої [...] щодо закупівлі «Надання фінансових послуг муніципалітету [...]», об'єктом якої є скасування рішення замовника про оцінку тендерної пропозиції у зв'язку з порушенням принципу про недискримінації, постановив:

- прийняти Скаргу № [...], подану [...] щодо закупівлі «Надання фінансових послуг муніципалітету [...]»;
- зобов'язати замовника скасувати своє рішення щодо оцінки тендеру у зв'язку із порушенням принципу недискримінації, який забороняє застосування вибіркового критеріїв до різних учасників тендеру."

або

«Згідно зі Статтею [...] Закону № [...] «Про державні закупівлі», зі змінами, орган оскарження на засіданні, розпочатому [...] 2011 року, щодо Скарги № [...], поданої [...] щодо закупівлі «Поставкою ноутбуків, настільних комп'ютерів і моніторів для державної установи [...]», об'єктом якої є скасування конкурсної вимоги в зв'язку з її обмежуючою природою, яка порушує принцип закупівлі про пропорційність, постановив:

- прийняти Скаргу № [...] подану [...] щодо закупівлі "Поставка ноутбуків, настільних комп'ютерів і моніторів для державної установи [...]";
- зобов'язати замовника скасувати вимогу для єдиного виробника ноутбуків, настільних комп'ютерів і моніторів, оскільки така вимога є необґрунтованою і надмірно обмежуючою, в зв'язку з нездатністю замовника продемонструвати розумне обґрунтування для такого вимоги, і встановити нові технічні вимоги, які будуть відповідати чинному законодавству»

або

««Про публічні закупівлі», зі змінами, орган оскарження на засіданні, розпочатому [...] 2011 року, щодо Скарги № [...], поданої [...] щодо закупівлі «Надання будівельних послуг для міністерства [...]», об'єктом якої є скасування рішення замовника про відхилення тендерної пропозиції заявника через передбачувано занижену ціну, постановив:

- прийняти Скаргу № [...] подану [...] щодо закупівлі «Надання будівельних послуг для міністерства [...]»;
- відхилити скаргу, в якій стверджується, що замовник не зміг розумно оцінити низьку фіксовану ціну заявника в зв'язку з тим, що відповідно до тендерної документації замовник має право відхилити пропозицію заявника, якщо його ціна була «необґрунтовано» низькою, факт чого передбачає, що учасник тендеру не зміг зрозуміти складність і ризики програми, а відповідні записи відображають те, що замовник розглядав низьку ціну заявника і піднімав це питання із заявником в ході обговорення.

або взяті з Європейського суду справедливості

«РІШЕННЯ СУДУ ([...] Палата)

[Дата]

(Публічні закупівлі - Директива 2004/18 / ЕС - Процедури присудження контракту - Закрите оголошення тендерів - Оцінка тендера - Запити замовника для уточнення тендера - Умови)

У справі С - [...],

ПОСИЛАННЯ для попереднього рішення відповідно до статті [...] від [Суд] ([Держава-член]), винесене за рішенням [...], отримано в трибуналі [...], в процесах

[...],

[...],

проти

[...],

третя особа:

[...],

СУД (Четверта Палата),

в складі [...] (Доповідача), Голови палати, [...], [...] і [...], Суддів,

Генерального адвоката: [...],

Секретаря: [...], Адміністратор,

з урахуванням письмової процедури і подальшого слухання 14 грудня 2011 року, після розгляду зауважень, представлених від імені:

- [...], [...] з боку [...], [...] і [...], адвокатів,

- [...] з боку [...] і [...], адвокатів,

- [...] з боку [...], що виступає як представник,

- [...] з боку [...] і [...], адвокатів,

- [...] Уряду, зі сторони [...], що виступає як представник,

- Європейської Комісії, з боку [...] і [...], що виступає як представник,

вирішив, після заслуховування Генерального Адвоката, перейти до вирішення суду без Висновку, постановляє наступне

Рішення

1. Це посилання для попереднього рішення стосується тлумачення Статей [...], [...] і [...] «Директиви 2004/18 / ЕС Європейського парламенту і Ради» від 31 березня 2004 року щодо узгодження процедур присудження контрактів цивільного будівництва, контрактів на поставку побутового обслуговування (О) 2004 L 134, стор. 114).
2. Посилання в розгляді між [...] (офісом публічних закупівель; «[...]») та підприємством, яке програто у тендері, запущеному в 2007 році [...] («[...]»), дане комерційне підприємство повністю контролюється [...] державою, з метою надання послуг із стягнення плати за проїзд по автомагістралях і деяких дорогах.»

або взяті з Європейського суду загальної юрисдикції

"РІШЕННЯ СУДУ ЗАГАЛЬНОЇ ЮРИСДИКЦІЇ ([...] Палата)

[Дата]

(Контракти на комунальні послуги - Тендерна процедура - Надання послуг у сфері інформаційних технологій - Вибір учасника тендеру в якості другого підрядника в послідовній процедурі - Дії щодо скасування - Підстави для виключення з тендерної процедури - Конфлікт інтересів - Обов'язок вказувати причини, на яких засноване рішення - Очевидна помилка оцінки - Забезпечення рівних прав - Позадовговірні зобов'язання)

У Справі Т - [...],

[...], встановленому в [...], представленому [...] і [...], адвокатами,

заявник, проти

європейської Комісії, Представленої спочатку [...] і [...], які виступають в якості представників, за допомогою [...], адвоката, і згодом [...], за допомогою [...] і [...], адвокатів,

відповідача,

ЗАЯВКА на (I) скасування Комісією рішення від 17 жовтня 2008 року щодо визначення заявника в якості другого підрядника, в послідовності для лотів 2 і 3 по оголошенню тендеру, запущеного у сфері «Статистичних інформаційних технологій», щодо надання консультацій та послуг зі створення, пов'язаних з форматом обміну статистичними даними та метаданими ([...]) (O) [...]), і всі подальші відповідні рішення, включаючи рішення присудження контракту іншим учасникам тендера, і (II) збитку,

СУД загальної юрисдикції (Восьма палата),

складається з [...], Президента, [...] і [...] (Доповідача), Судді,

Секретар: [...], з урахуванням письмової процедури і далі на слуханнях по [...], постановляє наступне

Рішення

Короткий виклад інформації про питання, наведені у скарзі, видається непрактичним, якщо питання занадто численні або складні. У таких випадках, рекомендується, або уникати викладу короткої інформації про питання у вступі і розглянути їх в описовій частині розділу питань, або просто використовувати деякі ключові слова, і описати їх більш детально в розділі питань. При написанні вступу автор повинен:

- уникати зайвих подробиць про дату, час, місце і процесуальні обставини
- уникати викладу питань довгими розлогими реченнями
- уникати цитування тексту скарги чи інших складних юридичних фраз
- зберігати вступ коротким
- викладати рішення ясно і візуально помітно

8.3.2 Опис питань

Визначення питань, які необхідно вирішити - найважливіша частина процесу прийняття рішення. Формулювання питань визначає істотні факти та правові принципи, що мають бути застосовані. Члени трибуналу не зобов'язані розглядати питання, зазначені в скарзі, якщо всі або деякі з них не є суттєвими для результату.¹⁹⁶ Члени трибуналу можуть вільно інтерпретувати питання відповідно до свого бачення, навіть якщо воно відмінне від опису даних питань в скарзі. Член трибуналу несе відповідальність за вирішення питань і проведення відповідного аналізу. Важливо відзначити, що трибунал зобов'язаний вказати причини, чому він сприймає суть щодо предмета судового розгляду питання відмінно від заявника.

Перший крок полягає у визначенні рішення або дії, яке оскаржується заявником, підстави для прийняття цього рішення або дії, що спричинили спір.¹⁹⁷ Якщо кожне спірне питання чітко не відокремлене від інших, рішення не буде ясним і переконливим. Проте, рішення може зачіпати не тільки питання, підняті заявником, а й питання, які є диспозитивними і важливими на думку трибуналу.

Питання, які, на думку трибуналу, немає необхідності розглядати, але, на включенні яких наполягає заявник, слід обговорювати тільки в необхідному обсязі для того, щоб довести, що вони були розглянуті.¹⁹⁸ Нижче наведені 3 приклади за яких деякі питання можуть бути опущені.

Приклади

1. Заявник був виключений з тендеру через невчасну подачу пропозиції. Таким чином, його пропозиція не розглядалась замовником. Заявник подає скаргу трибуналу з ряду причин підтвердження необхідності розгляду його тендерної пропозиції. Оскільки законодавство про закупівлі не передбачає можливість продовження терміну подання тендерної пропозиції, трибунал буде розглядати тільки питання про невчасної подачі тендерної пропозиції. Розгляд будь-якого іншого питання зробить рішення менш переконливим.
2. Заявник був виключений з тендеру, оскільки він не відповідав кваліфікаційним критеріям тендеру. Заявник стверджує, що замовник не оцінив його пропозицію належним чином, і кваліфікаційні критерії є дискримінаційними. Оскільки термін для оскарження кваліфікаційних критеріїв вже пройшов, трибунал зобов'язаний розглядати тільки те, яким чином замовник оцінював кваліфікаційні документи, подані заявником, але не самі критерії.
3. Заявник не був запрошений на другий етап процедури переговорів після подачі тендеру. Контрактні документи, надані для прийняття рішення замовником, передбачають проведення переговорів тільки з одним учасників тендера. Замовник оголосив рішення про присудження контракту учасникам тендеру. Заявник вимагає, щоб трибунал анулював рішення про присудження контракту і має заперечення по факту не запрошення його на переговори по специфікаціям і пропонуваням технічним рішенням, що містяться в кращому тендері. Трибунал не повинен розглядати технічні специфікації, оскільки строк на оскарження сплинув.

¹⁹⁶ *Judicial Writing Manual, Federal Judicial Center, 1991, смор. 14.*

¹⁹⁷ *A Manual for Ontario Adjudicators, Society for Ontario Adjudicators and Regulators, 2000., смор. 152.*

¹⁹⁸ *Judicial Writing Manual, Federal Judicial Center, 1991, смор. 17*

Наступний крок - визначення права, що підлягає застосуванню до спору.¹⁹⁹ У більшості країн існує тільки один закон, що регулює публічні закупівлі.

Виклад основних питань може слідувати або передувати викладу фактів. Виклад питань спочатку дозволяє зробити констатацію фактів більш значущою для читача і допомагає зосередитися на суттєвих фактах.²⁰⁰ Виклад питань не слід плутати з цитуванням сторін спору. трибунал зобов'язаний уникати відтворення значних частин заяв сторін.²⁰¹ Наступні 5 прикладів показують, які питання необхідно враховувати.

Приклади

1. Суд повинен вирішити, чи є опис предмета тендеру, надане які закуповують органом, достатнім для адекватної оцінки обсягу необхідних для виконання контракту робіт учасниками тендеру. Якщо опис є недостатнім, то суд зобов'язаний скасувати весь тендер.
2. Суд повинен вирішити, чи порушують технічні умови на надання послуг, зазначені в повідомленні про контракт, технічні норми, і тому не можуть бути частиною умов тендеру. Якщо порушення буде доведено, відповідні критерії необхідно анулювати.
3. Суд повинен вирішити, чи доречно використання узгодженої процедури без публікації, як в методі закупівель при тендері на надання послуг за сумами понад 100 000 Євро. Якщо немає, весь тендер повинен бути скасований.
4. Суд повинен вирішити, чи приводить нездатність замовнику надати достатні підстави для рішення про відмову від пропозиції заявника, до неможливості перегляду рішення замовнику. Якщо так, рішення замовнику про неприйняття заявки заявника повинно бути скасовано, і замовник повинен переглянути пропозиції заявника.
5. Суд повинен вирішити, чи відповідає учасник тендера, з яким замовник має намір присудити контракт, кваліфікаційним критеріям. Якщо немає, суд зобов'язаний анулювати рішення про присудження контракту.

8.3.3 Опис істотних фактів

Опис істотних фактів повинен містити всі необхідні факти, важливі для прийняття рішення. Оскільки рішення будуть доступні в інтернеті і можуть вплинути на подальшу поведінку учасників тендерів і замовників, рішення повинні містити достатній опис справи, щоб будь-яка стороння особа могла зрозуміти природу тендеру і суть скарги.

Точне визначення питань дозволить знизити кількість фактів в рішенні, оскільки тоді рішення буде акцентувати увагу тільки на відповідних фактах, які безпосередньо стосуються питань. Таким чином, повинні бути включені тільки ті факти (докази), щодо яких необхідно прийняття рішення. Непотрібні факти необхідно опустити. Автор не повинен потрапити в пастку структури, що використовується сторонами, а повинен розробити свою власну структуру. Зазвичай, доцільно дотримуватися хронології процедури закупівлі в якості основної лінії. Іноді, буває доцільно копіювати частини тендерної документації, рішень замовника, листів або електронної пошти, особливо, якщо потрібно привести точне формулювання термінів і визначень, що містяться в цих документах.

¹⁹⁹ *A Manual for Ontario Adjudicators, Society for Ontario Adjudicators and Regulators, 2000., стор. 153.*

²⁰⁰ *Judicial Writing Manual, Federal Judicial Center, 1991, стор. 10.*

²⁰¹ *Judicial Writing Manual, Federal Judicial Center, 1991, стор. 11.*

Автор (и) повинні сформулювати і підтвердити справедливості доказів щодо викладених фактів, а також підтвердити наведення фактів наявними доказами. Це особливо важливо, якщо існує суперечливий доказ, який може бути використано тільки один раз.

8.3.4 Короткий виклад законодавства, що застосовується

Спеціальний розділ, присвячений чинному законодавству, не потрібен. Більшість трибуналів вказують закон, який був застосований для визначення їх юрисдикції, і підстави для їх вирішення в розділі рішення, що присвячений аналізу. Однак, деякі трибунали наводять окремий розділ щодо законодавству. В цьому розділі трибунали оцінюють, чи відповідає скарга правовим критеріям прийнятності, що є корисним у випадках, коли законодавчо існують складні формальні вимоги до прийнятності скарг, і трибунал розглядає формальне дотримання даних вимог, наприклад, дотримання певних тимчасових строків²⁰². Цей розділ повинен також висвітлювати питання права. Дані питання можуть бути представлені досить широко, і включати питання про те, чи поширюється юрисдикція трибуналу на скаргу, і чи були виконані формальні вимоги при подачі скарги.

8.3.5 Аналіз - застосування законодавства

8.3.5.1 Аналіз в загальному

Аналіз - це основна частина рішення, який повинна показати, що рішення є розумним та логічним. Наведений аналіз повинен переконати сторони в коректності висновків трибуналу силою аргументів. Хоча рішення не повинно згадувати всі аргументи сторін, аналіз повинен бути достатнім, щоб продемонструвати, що головні аргументи сторони, що прогнала були повністю розглянуті.²⁰³

Трибунал сам визначає порядок викладу питань. Природно, що трибунал зобов'язаний розглядати тільки ті питання, які мають безпосереднє відношення до справи і які були викладені у вступі (першій частині рішення). Якщо є кілька питань, доцільно викладати питання в логічній послідовності.²⁰⁴ Як правило, рішення повинні спочатку розглядати питання про юрисдикцію і прийнятності скарги, тобто, чи може трибунал прийняти рішення за скаргою, чи знаходиться скарга в межах його юрисдикції, чи був поданий попередній запит замовника, чи дотриманий термін подачі скарги, а також інші необхідні вимоги, які повинні бути виконані для того, щоб прийняти скаргу до провадження.

За необхідності трибунал може також посилатися на свої попередні рішення, які можуть мати відношення до справи. У зв'язку з тим, що процес прийняття трибуналом рішень не носить характер прецедентного, трибунал зобов'язаний використовувати такі посилання тільки для підтримки представлених в рішенні аргументів. З іншого боку, було б доцільно, якщо трибунал відповідав б одноманітно на схожі правові питання і демонстрував це, посилаючись на попередні рішення.²⁰⁵ Ці рішення, в свою чергу, повинні бути використані в якості орієнтира та керівництва для суб'єктів економічної діяльності і замовника.

8.3.5.2 Підготовка аналізу

Трибунал зобов'язаний створити свою власну структуру для підготовки проекту рішення. Якщо аргументи заявника і замовника покладаються в основу структури рішення, рішення може стати

²⁰² Див. Приклади Рішень Європейського Суду від 23 грудня 2009, *Commission / Ireland (C-455/08, ECR 2009 стр. I-225)* та Рішення Європейського Суду від 28 січня 2010, *Uniplex (UK) (C-406/08, ECR 2010 стр. I-817)*.

²⁰³ *Judicial Writing Manual, Federal Judicial Center, 1991, стр. 16.*

²⁰⁴ *JC Raymond, The Architecture of Argument, The Judicial Review: Journal of the Judicial Commission of New South Wales, 7, 2004, стр. 46.*

²⁰⁵ Для необхідності вирішувати однакові питання однаковим способом згідно з принципі справедливого суду.

незрозумілим, а рішення і аргументи трибуналу можуть бути втрачені. Однією з цілей цього завдання є взяти під контроль справу, створивши логічну рамку для питань і залишивши місце для аргументів сторін тільки в межах цієї рамки.²⁰⁶ Важливо відзначити, що трибунал має розглянути усі аргументами, які стосуються питань, що підлягають розгляду.

8.3.5.3 Формування структури аналізу

Було б доцільно прийняти чітку структуру організації аналізу кожного факту, наприклад:

1. Навести аргумент (и) заявника.
2. Навести аргумент (и) замовника.
3. Навести аргументи інших сторін процедури.
4. Навести висновок (и)

Аргументи сторін необхідно наводити коротко, так як висновок трибуналу є найбільш важливою частиною структури аналізу. Тим не менш, важливо показати сторонам, що трибунал розглядає їх аргументи справедливо та розумно. Загалом, структура аргументів, представлена в рішеннях, полягає в наступному:

1. Одна сторона заявляє X.
2. Інша сторона заявляє Y.
3. Трибунал заявляє X (або Y, або, можливо, Z)²⁰⁷

Приклад

Заявник: рішення про відхилення тендерної пропозиції неправильне, оскільки замовник повинен був витребувати пояснення щодо цін, представлених в тендерній пропозиції.

Замовник: Не було необхідності витребувати пояснення, тому що ціни були надмірно занижені і дуже відрізнялися від цін по іншим тендерних пропозиціях, і заявник не зміг би пояснити їх.

Висновок: Оцінка тендерних пропозицій не є обов'язком трибуналу. Різниця цін між тендерною пропозицією заявника та іншими учасниками є настільки високою, що це дає підстави для припущення про надмірно занижені ціни. Проте, замовник повинен був провести процедуру оцінки низьких цін. Заява про те, що ціни в тендерній пропозиції заявника надмірно занижені, не може бути вирішена на підставі документів процедури проведення закупівлі, а замовник повинен оцінити їх у відповідності до процедури.

Трибуналу не обов'язково повторювати аргументи сторін, якщо можна прочитати коротке пояснення скарги, і відповідні заяви подані сторонами процедури. Достатньо навести питанням і відповіді, знайдені трибуналом.

Наведення висновку не слід плутати з викладом фактів. Якщо існують різні позиції сторін щодо доказів та фактів, трибунал зобов'язаний проаналізувати ці позиції в цьому контексті, враховуючи всі аргументи сторін.

²⁰⁶ Edward Berry, *Writing Reasons, A Handbook for Judges*, EM Press, 2007, стор. 53.

²⁰⁷ JC Raymond, *The Architecture of Argument, The Judicial Review: Journal of the Judicial Commission of New South Wales*, 7, 2004, стор. 45.

Автор має зрозуміти, що факти мають лежати в основі висновку, а не бути його предметом.

Висновок є центральною частиною рішення, так як трибунал не пов'язаний з позицією однієї зі сторін, а повинен знайти своє власне рішення. Висновок повинен бути заснований на викладених фактах, і включений до переліку фактів відповідно до застосовуваної правової нормою. Єдиним критерієм для висновку є те, що він повинен базуватись на фактах та застосування закону з використанням правил логіки.

Крім того, висновок повинен бути добре обґрунтованим. Якщо трибунал використовує дискрецію, причини прийняття рішення на цій підставі повинні бути чітко викладені. Таким чином, не важливо слідувати аргументам сторін, тому що їх роль в процедурі - переконання трибуналу у відповідній позиції та її захисті. Член трибуналу повинен завжди мати на увазі, що переконання трибуналу є єдиним завданням скарги та інших поданих заяв. В результаті, у заявах, від членів трибуналу НЕ очікується отримання об'єктивної думки, а очікується сприяння суб'єктивній позиції.

Таким чином, трибунал зобов'язаний, розглядаючи позиції сторін, приходити до власних висновків. Вони повинні бути засновані на фактах і визначені за допомогою застосування закону. Коли трибунал прийшов до певного висновку, доцільно представляти його у певній послідовності. Трибунал зобов'язаний:

- вказати законодавство, яке застосовується до питання
- вказати факти, що стосуються питання
- вказати, яким чином законодавство застосовується до фактів

8.4 Стил і перевірка

8.4.1 Лаконічність

Добре складені рішення є питанням часу. Хоча це може здатися таким, що суперечить звичайній логіці, але продумані рішення коротше, ніж поспішно складені, які містять багато зайвого і складаються із розлогіх пропозицій без будь-якої додаткової користі для вирішення. Щоб уникнути цього, необхідною є перевірка проекту рішення для того, щоб зробити його більш лаконічним. Може знадобитися проведення кілька перевірок проекту рішення для того, щоб зробити рішення максимально лаконічним.

Однак, лаконічність слід відрізнити від стислості. Стислість - це економія слів, лаконічність ж - це коли кожне слово має значення. Іноді читачам потрібно більше слів, щоб зрозуміти важку концепцію або прийняти важке рішення.²⁰⁸ Нижче представлені рекомендації про те, як писати лаконічно:

- Скорочувати докази і факти. Включати тільки докази, що відносяться до правової проблеми, яка є предметом скарги.
- Використовувати цитати тільки за необхідності, в разі, коли короткі посилання або переказ недоречні. Основні правила використання цитат: коли важливими є точні слова в документі, особливо в застосовувані права та тексти тендерної документації, і коли переказ був би менш ясним і коротким, ніж оригінал.

²⁰⁸ Edward Berry, *Writing Reasons, A Handbook for Judges*, EM Press, 2007, стор. 66.

- Не писати очевидне.
- Уникати численних цитат.
- Уникати пояснень і підтверджень добре відомих правових принципів. Посилатися тільки на правові принципи при необхідності.
- Уникати ускладнення простих аргументів.
- Уникати повторів.
- Уникати пасивного стану.
- Уникати подвійних заперечень.
- Уникати юридичної жаргону.
- Розбивати довгі розлогі речення на короткі, які простіше сприймати.
- Перевірити на лаконічність, зосереджуючись на питаннях. Факти, цитати і аргументи - довжина формулювань цих розділів залежить від питань справи. Важливо визначити при проведенні перевірки, який текст можна видалити без шкоди для сенсу і виразності наведених аргументів²⁰⁹

Члену трибуналу, можливо, не завжди подобається результат справи, проте, він/вона зобов'язані написати рішення відповідно до фактів та законодавства.

8.4.2 Абзаци

Кожен абзац повинен представляти одну ідею. Думки в межах абзацу повинні бути єдиними і узгодженими, також необхідно вдало поєднати їх з попереднім і наступним абзацом. Абзаци повинні сприяти розвитку думки.²¹⁰ Важливо, що головна думка абзацу повинна бути вказана першою, для інформування читача про подальше утримання. Наступний розділ рішення про перегляд закупівлі ілюструє один з підходів до поділу тексту на абзаци

Приклади

1. «Не дивлячись на те, що замовник має право на свій розсуд визначати свої потреби та найкращий спосіб їх задоволення, замовник може встановлювати обмежуючі вимоги тільки в тій частині яка не суперечить законодавству. Адекватність рішення замовника встановлюється шляхом вивчення обґрунтованості його пояснень. А саме, чи витримує пояснення замовника логічну перевірку.
2. «Замовник встановлює вимогу щодо єдиного виробника комп'ютерів і моніторів, посиляючись на стандартизацію вимог з інформаційних технологій. Зокрема, замовник заявляє, що стандартизація дозволить знизити операційні витрати замовника, і буде згодом представляти загальну практику, що є передовим досвідом...»
3. «Заявник заперечує твердження замовника про те, що стандартизація закупівлі комп'ютерів і моніторів у єдиного виробника призводить до зниження витрат або інших матеріальним переваг для замовника. Заявник стверджує, що ця вимога надає замовнику не більше ніж адміністративну зручність.»

²⁰⁹ *Following Edward Berry, Writing Reasons, A Handbook for Judges, EM Press, 2007, смop. 66-68.*

²¹⁰ *Edward Berry, Writing Reasons, A Handbook for Judges, EM Press, 2007, смop. 76.*

4. «Трибунал виявив, що матеріали справи не містять аналізу або документів, що підтверджують обґрунтованість вимог замовника про стандартизацію. На підтримку цієї вимоги, замовник надав заяву менеджера по проектам інформаційних технологій. Менеджер, однак, не навів жодного аналізу або дослідження, які були виконані, щоб визначити, що вимога стандартизації необхідна для отримання вказаних переваг. Без будь-якої документації або додаткових пояснень в матеріалах справи, що підтверджують те, що обмеження конкуренції призведе до досягнення передбачуваної вигоди, трибунал не може встановити, що введення даного обмеження замовником є обґрунтованим.»²¹¹

8.4.3 Використання заголовків

Якщо рішення складається з двох або трьох сторінок, заголовки, можливо, і не потрібні. У більш довгих текстах заголовки дуже корисні, особливо для читачів, які швидко і вправно читають рішення трибуналу.²¹² Якщо рішення повинно бути опубліковане, заголовки допомагають в швидкому пошуку необхідної інформації і дозволяють використовувати конкретні обставини рішення в майбутньому.

Є два типи заголовків: загальні та спеціальні. Загальні заголовки можуть міститися у будь-якому рішенні, наприклад: вступ, питання, факти і докази, законодавство, аналіз, висновок. Такі заголовки дозволяють читачеві ідентифікувати певний розділ і уявити структуру рішення. Проте, вони досить невизначені, оскільки не дають читачеві інформацію про конкретну справу. Таким чином, найбільш корисними є заголовки, які розроблені спеціально для даного рішення. Це досягається шляхом об'єднання спеціальних заголовків із загальними заголовками.²¹³

Приклад

Типові заголовки в рішенні у справі про закупівлі щодо оцінки тендерної пропозиції.

1. **Вступ** (якщо ви вирішите його виокремлювати)
2. **Питання** (якщо ви вирішите виділяти такий розділ)
3. **Факти**
4. **Законодавство** (якщо ви вирішите ввести розділ законодавства)
Юрисдикція трибуналу
Допустимість скарги
5. **Аналіз** (або обґрунтування)
Критерії допустимості тендерної пропозиції
Критерії низького тендеру
Принципи недискримінації учасників тендерів

Спеціальні заголовки можуть бути ще точніше і стосуватись конкретних статей законодавства або конкретних фактів справи.

²¹¹ GAO decision in *NCS Technologies, Inc.*, dated November 8, 2010. Вибрані частини рішення адаптовані для цього посібника

²¹² JC Raymond, *The Architecture of Argument, The Judicial Review: Journal of the Judicial Commission of New South Wales*, 7, 2004, стор. 47.

²¹³ Edward Berry, *Writing Reasons, A Handbook for Judges*, EM Press, 2007, стор. 47.

8.4.4 Етапи перевірки

Коли перший проект рішення написаний, необхідно його перевірити та з'ясувати чи рішення відповідає основним критеріям написання рішення. Наступні етапи перевірки можуть бути корисні в цьому. На практиці багато членів трибуналу перевіряють рішення, принаймні, два або три рази, поки не буде сформульовано остаточного тексту рішення, що відповідає всім критеріям.

Перевірка - перший етап

Подумайте про вашу аудиторію. Чи є рішення переконливими для замовника та заявника? Чи є воно достатньо ясным для інших учасників тендеру або замовників, які можуть зіштовхнутись з аналогічними проблемами?

Перевірка - другий етап

Прочитайте вступ, якщо він є. Задайте собі наступні питання:

- Чи визначив я сторін?
- Чи визначив я природу справи?
- Чи визначив я основне питання або основні питання?

Якщо відповідь на ці питання негативна, потрібно більше аналізу та редагування рішення.

Перевірка - третій етап

Швидко перечитайте рішення повністю, думаючи про питання. Потім запитайте себе, чи представлені розділи рішення найбільш ефективним чином. Наприклад:

- Чи є загальна структура зрозумілою?
- Чи є порядок вирішення та наведені аргументи логічними і переконливими?
- Які найбільш ефективні заголовки для питань?
- Чи потрібно виносити докази в окремий розділ?
- Чи простежується в структурі рішення чіткий зв'язок між доказами і питаннями?

Перевірка - четвертий етап

Питання визначені, і рішення структуровано, тепер можна видалити зайвий текст. Пункти, які необхідно врахувати, включають:

- Чи включив я більше фактів, ніж необхідно?
- Чи зосереджений я занадто на другорядних питаннях?
- Чи не занадто багато я написав про очевидне?
- Чи цитував я занадто багато?
- Чи застосував я структуру за питаннями або за контекстом?

Перевірка - п'ятий етап

Перепишіть рішення в разі потреби. Зосередьтеся на чіткості питань, організації аргументів і лаконічності.

Перевірка - шостий етап

Приведіть у порядок мову викладу. Зосередьтеся на аспектах, які Ви хотіли б уникнути в написанні

рішення. Наприклад, якщо Ви побачите надзвичайно довге речення, подивіться на нього і переписіть, якщо це потрібно.²¹⁴

Перевірка - сьомий етап

Нарешті, перевірте орфографію, коли перевірка завершена.

8.5. Висновки

Кожне рішення має бути складене та опубліковане під керівництвом і управлінням трибуналу або окремого члена трибуналу. Для отримання рішення, яке точно відображає позицію трибуналу, а також всю пророблену роботу при прийнятті рішення, важливо, щоб для складання, затвердження та опублікування такого рішення використовувалася чітка методологія. Необхідно, щоб перш ніж почати писати рішення, автор щоб подумав про те, що і яким чином має бути викладено в рішенні. При упорядкуванні своїх думок, автор (и) повинні підготувати план важливих фактів, питань і пунктів, які повинні включати в себе: основне питання або питання процедури перегляду; виявлені факти щодо зазначених питань, засновані на наявних доказах; визначення правових норм, що мають бути застосовні до фактів; і застосування закону до фактів для прийняття рішення.

Для розгляду було запропоновано декілька варіантів структур з метою надання членам трибуналу уявлення, як вибудувати свої власні рішення. Хоча структури відрізняються щодо порядку утримання, всі вони містять однакові елементи єдиної логіки викладу, що об'єднує такі заголовки: вступ - мета якого зорієнтувати і направити читача і визначити учасників процесу, предмет - виклад процедурних положень справи і рішення; визначення питань для вирішення - інформує про суттєві питання справи і керівні правові принципи; опис істотних фактів справи - рішення повинно містити достатній опис справи, щоб будь-яка третя сторона могла зрозуміти природу тендеру та суть скарги; узагальнення застосованого права - оцінка відповідності заявника правовим критеріям прийнятності; аналіз - демонстрація того, що рішення трибуналу засноване на здоровому глузді і логіці, що має переконати сторони в правильності рішень трибуналу шляхом обґрунтування, а також інструкції - будь-яка додаткова інформація, яку трибунал хотів би включити для читача.

Трибунал зобов'язаний завжди витримувати стиль написання в процесі розробки проекту рішення. При викладі рішень дуже важлива лаконічність, і кожне слово має бути обґрунтоване. Тому, рішення повинні пройти кілька редакцій, кожна з яких повинна бути проаналізована і переглянута для досягнення лаконічності викладення, як первинної мети. Особа (особи), що розглядає проект (и) рішення, має бути завжди уважним до наведених питань, фактів, цитат і аргументів, довжини формулювань від яких залежить вирішення справи. Найважливішим аспектом проведення перевірки є визначення того, який текст можна вирізати без шкоди для сенсу і виразності наведених аргументів. Автору і членам трибуналу щодо перегляду закупівель може не завжди подобатись результат справи, але вони зобов'язані написати рішення відповідно до фактів та законодавства. Після того як проект рішення знаходиться на завершальному етапі, необхідно буде переглянути рішення для того, щоб визначити, чи відповідає воно основними критеріями добре складеного рішення, і що рішення повністю відповідає тому, що мав намір сказати автор. На практиці багато членів трибуналу переглядають проект рішення перед опублікуванням, як мінімум, два або три рази, перш ніж вони прийдуть до остаточного варіанту рішення, яке відповідає всім критеріям.

²¹⁴ *Adjusted based on advice stated in Edward Berry, Writing Reasons, A Handbook for Judges, EM Press, 2007, сmp. 150-152.*

СЛОВА ВДЯЧНОСТІ

Випуск даного посібника ЄБРР очолювали Еліза Невядомська (Eliza Niewiadomska), Головний юридичний радник та Алан Колман (Alan Colman), Старший юридичний радник Програми правової реформи Юридичного департаменту ЄБРР. Посібник було підготовлено в рамках проектів технічного співробітництва ЄБРР в Албанії та Україні у співпраці з Сільвією Беловіковою (Silvia Belovicova), Пітером Ходалом (Peter Hodal), Максимом Кобзєвим (Maxim Kobzev) і Юраєм Немецем (Juraj Nemes) з юридичної фірми White&Case, Братислава, Словаччина, Міхаелем Сахсом (Michael Sachs), Головою, і Хьюбертом Райзнером (Hubert Reisner), суддею Федерального агентства з публічних закупівель Австрії, Клаудії Шітовської-Маріаш (Klaudia Szczytowska-Mariarz), Голови, Богдана Артимовичем (Bogdan Artymowicz) і Малгоржати Стречівілк-Бялек (Małgorzata Stręciwilk-Białek) з Національної палати апеляції Польщі.

Посібник українською мовою був розроблений ЄБРР у співробітництві з представниками Антимонопольним комітетом України, Ольги Піщанської, Голови, та Ольги Нечитайло, Державного уповноваженого. Редактор: Ілля Черногоренко.

Планування, розробка та видання цього посібника було профінансовано фондом технічного співробітництва ЄБРР зі Словацькою Республікою.

© Європейський банк реконструкції та розвитку, 2020

Зміст даної публікації захищений авторським правом, відображає думки окремих авторів, і може не співпадати з думкою роботодавців авторів, юридичних фірм, редакторів, юридичного департаменту ЄБРР, департаменту із закупівель ЄБРР або ЄБРР в цілому. Інформація, представлена в посібнику, не повинна розглядатися як юридична консультація.

Всі права захищені. Забороняється повне або часткове відтворення або передача цього видання в будь-якому вигляді або будь-якими засобами, включаючи фотокопіювання і будь-яку електронну форму, без письмового дозволу власника авторських прав. Письмовий дозвіл має бути заздалегідь отримано для включення цього видання повністю або частково в пошукову систему будь-якого роду.

Європейський банк реконструкції та розвитку
One Exchange Square London EC2A 2JN Сполучене Королівство
Тел: +44 20 7338 6000 Факс: +44 20 7338 6100 SWIFT: EBRDGB2L

<https://www.ebrd.com/what-we-do/sectors/legal-reform/public-procurement.html>



Антимонопольний
комітет України



European Bank
for Reconstruction and Development