

УДК 346.12

DOI: 10.25688/2076-9113.2024.54.2.10

К. А. Костина

Институт законодательства и сравнительного правоведения
при Правительстве Российской Федерации,
Москва, Российская Федерация,
kostina.kristina2014@yandex.ru

КОНФЛИКТ ИНТЕРЕСОВ В ГОСУДАРСТВЕННЫХ ЗАКУПКАХ РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ И ЕВРОПЕЙСКОГО СОЮЗА: СРАВНИТЕЛЬНО-ПРАВОВОЕ ИССЛЕДОВАНИЕ

Аннотация. Статья посвящена сравнительно-правовому анализу регулирования конфликта интересов, возникающего в сфере государственных закупок Российской Федерации и Европейского союза. Выбранная автором проблематика обусловлена тем обстоятельством, что конфликт интересов при принятии решений сам по себе является первопричиной множества коррупционных проявлений и может значительно исказить распределение государственных ресурсов. Учитывая особую роль государственных закупок как средства обеспечения потребностей всего государственного аппарата, первостепенное значение приобретает необходимость формирования превентивной системы правового регулирования конфликта интересов. На основе сравнительно-правового метода автором обозначены подходы европейского и отечественного законодательства к регулированию закупочных отношений, затронутых конфликтом интересов. На базе изученных положений нормативных правовых актов, а также судебной практики автором определены отдельные проблемы существующего правового регулирования и предложены возможные пути их преодоления.

Ключевые слова: Российская Федерация; Европейский союз; публичные закупки; государственные закупки; коррупция; конфликт интересов.

UDC 346.12

DOI: 10.25688/2076-9113.2024.54.2.10

К. А. Kostina

Institute of Legislation and Comparative Law
under the Government of the Russian Federation,
Moscow, Russian Federation,
kostina.kristina2014@yandex.ru

CONFLICT OF INTEREST IN PUBLIC PROCUREMENT OF THE RUSSIAN FEDERATION AND THE EUROPEAN UNION: A COMPARATIVE LEGAL STUDY

Abstract. The article is devoted to a comparative legal analysis of the regulation of conflicts of interest arising in the field of public procurement of the Russian Federation and the European Union. The problem chosen by the author is due to the fact that a conflict of interest in decision-making is itself the root cause of many forms of corruption and can significantly distort the distribution of public resources. Considering the special role of public procurement as a means of meeting the needs of the entire government apparatus, the need to form a preventive system of legal regulation of conflicts of interest is of paramount importance. Based on the comparative legal method, the author outlines the approaches of European and domestic legislation to the regulation of procurement relations affected by conflicts of interest. Based on the studied provisions of regulatory legal acts, as well as judicial practice, the author identifies individual problems arising from the existing legal regulation and suggests possible ways to overcome them.

Keywords: the Russian Federation; the European Union; public procurement; state procurements; corruption; conflict of interest.

Введение

Государственные закупки как одна из сфер государственного управления, наиболее подверженная различным коррупционным рискам, традиционно находится в сфере контроля со стороны уполномоченных органов. Указанное обстоятельство неслучайно: только в России за 2020 год на долю государственных и корпоративных закупок пришлось 27 % ВВП¹. При этом ежегодно более 250 тысяч государственных органов Европейского союза затрачивают около 14 % ВВП на приобретение товаров, работ и услуг².

¹ Мониторинг развития системы государственных и корпоративных закупок в Российской Федерации за 2020 год: отчет о результатах экспертно-аналитического мероприятия: утвержден Коллегией Счетной палаты Российской Федерации 22 июня 2021 года [Электронный ресурс]. URL: <https://ach.gov.ru/upload/iblock/123/442w02xo0vq4unq199jwxnr9mpow972c.pdf> (дата обращения: 11.12.2023).

² Public procurement [Electronic resource]. URL: https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/public-procurement_en (дата обращения: 23.09.2023).

Одним из факторов, существенно увеличивающих риск развития различных коррупционных проявлений, является возникновение конфликта интересов между участниками контрактных отношений. В связи с этим особое значение для обеспечения нормального функционирования всего закупочного механизма приобретает необходимость проектирования правовых средств предотвращения, выявления и урегулирования ситуаций, генерирующих конфликт интересов.

Основная часть

Закрепление первых нормативных положений о конфликте интересов в обоих правопорядках можно отнести к 2013–2014 годам — периоду, связанному с реформированием законодательства о государственных закупках. При этом если в России источником соответствующих изменений стал Федеральный закон от 05 апреля 2013 года № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд»³ (далее — Закон № 44-ФЗ, или Закон о контрактной системе), то в Европейском союзе (далее — ЕС) — Директива 2014/24/ЕС о государственных закупках⁴ [4, с. 95].

Необходимо отметить, что до принятия обновленных нормативных правовых актов в обоих правопорядках отсутствовали единые правила о конфликте интересов в государственных закупках. Вместо этого основными источниками правового регулирования являлись законодательные акты в области противодействия коррупции (Россия)⁵ либо в области регулирования бюджетных отношений (ЕС) [5, р. 260].

В европейской директиве нормы о конфликте интересов нашли отражение в различных структурных единицах документа, однако центральное место занимает общая статья 24 Директивы 2014/24/ЕС⁶, включающая в себя легальную дефиницию «конфликт интересов». В свою очередь, в Законе о контрактной системе

³ URL: https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_144624/

⁴ Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 on public procurement and repealing Directive 2004/18/EC Text with EEA relevance [Electronic resource]. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32014L0024> (дата обращения: 12.01.2024).

⁵ О противодействии коррупции: Федеральный закон от 25 декабря 2008 года № 273-ФЗ // СЗ РФ. 2008. № 51 (ч. 1). Ст. 6228 (далее — Закон № 273-ФЗ, или Закон о противодействии коррупции).

⁶ По смыслу статьи 24 Директивы 2014/24/ЕС конфликт интересов охватывает ситуации, когда сотрудники заказчиков или поставщиков услуг по закупкам, действующих от имени заказчиков, которые участвуют в проведении закупочной процедуры или могут оказать влияние на результат такой процедуры, имеют прямой или косвенный финансовый, экономический или иной личный интерес, который может восприниматься как ставящий под сомнение их беспристрастность и независимость в контексте закупочных процедур.

реализован иной подход, предусматривающий, что положения о конфликте интересов закрепляются в различных статьях в виде норм-запретов или норм-требований.

Указанные особенности юридико-технического оформления положений о конфликте интересов во многом предопределили и различия подходов европейского и отечественного правопорядков к регулированию закупочных отношений, затронутых конфликтом интересов.

Как уже было отмечено, директива ЕС предусматривает наличие базового понятия «конфликт интересов», которое содержательно раскрывается через два основополагающих признака.

Первым признаком конфликта интересов в ЕС является круг субъектов — носителей конфликта интересов. В качестве таковых директива указывает только на сотрудников со стороны заказчиков, а именно на сотрудников заказчиков или поставщиков закупочных услуг, действующих от имени заказчиков. При этом не имеет значения основание возникновения правоотношений сотрудника и заказчика: первый может являться работником по трудовому договору или исполнителем по гражданско-правовому договору как самого заказчика непосредственно, так и привлеченной заказчиком организации опосредованно.

Вместе с тем само по себе наличие правового статуса сотрудника заказчика или подрядной организации заказчика не является достаточным, для того чтобы причислять то или иное лицо к категории носителей конфликта интересов. Главным критерием является полномочие на принятие властного решения, определяющего итог закупочной процедуры. Из этого следует, что первостепенное значение приобретает фактическая возможность конкретного физического лица оказать негативное влияние на процедуру закупки, что позволяет говорить о реализации европейским законодателем принципа фактического контроля.

В качестве второго признака конфликта интересов в ЕС выступает категория интереса, наличие которого у сотрудников заказчика может поставить под сомнение их беспристрастность и независимость в контексте закупочных процедур. Директива предусматривает три возможных вида интереса: финансовый, экономический и личный. Финансовый и экономический интересы, несмотря на формальное разделение, сущностно взаимосвязаны и затрагивают имущественную сферу лица, связанную с получением каких-либо материальных выгод. В свою очередь, личный интерес, не опосредованный получением каких-либо благ, проистекает из наличия у сотрудников заказчиков родственных, супружеских, дружеских, профессиональных⁷ и иных типов связей.

Практика судов ЕС свидетельствует о том, что концепция конфликта интересов носит объективный характер, предполагающий, что намерение или воля

⁷ В одном из дел суд установил наличие конфликта интересов в связи с наличием профессиональной связи, вытекающей из факта совместной работы сотрудников заказчика и участника закупки (см.: Case C-538/13 eVigilo Ltd v Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos [Electronic resource]. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62013CJ0538> (дата обращения: 21.08.2023)).

лица, находящегося в состоянии конфликта интересов, не имеют значения для его правовой квалификации. Решающее значение приобретает способность лица влиять на условия закупки благоприятным для конкретного сотрудника образом. В случае если указанное обстоятельство будет установлено, не имеют правового значения действительные намерения такого лица, а также добросовестность его действий⁸.

Обозначенный подход не лишен недостатков, поскольку сам по себе может быть не рассчитан на низовую коррупцию, а также на ситуации, при которых конфликт интересов между участниками закупочных отношений фактически отсутствует. В связи с этим одним из возможных путей пересмотра сформированной практики может быть обращение к опыту правового регулирования конфликта интересов в иных правопорядках, в частности в России.

В отличие от европейской директивы, Закон о контрактной системе не только не предусматривает единого легального определения конфликта интересов, но и предполагает совершенно иной подход к его квалификации.

Нормы Закона № 44-ФЗ закрепляют три возможные модели конфликта интересов, каждая из которых представляет собой связь, возникающую между определенными участниками закупочных отношений:

- 1) заказчиком и участником процедуры закупки;
- 2) заказчиком, экспертом (экспертной организацией) и участником процедуры закупки;
- 3) членом комиссии по осуществлению закупок и участником процедуры закупки [2, с. 16; 1, с. 37].

В части вопроса о моделях конфликта интересов нельзя не упомянуть установленный Законом о контрактной системе запрет на привлечение к процедуре закупки специализированной организации в случае осуществления ею одновременно функций заказчика (ч. 5 ст. 40 Закона № 44-ФЗ). Вместе с тем представляется, что данное требование не затрагивает широкую область ситуаций, генерирующих конфликт интересов⁹. На наличие пробела в законодательстве о контрактной системе в указанной части также особо обращает внимание О. А. Беляева [2, с. 17].

Согласно положениям Закона о контрактной системе конфликт интересов возникает между участниками закупочных отношений при наличии определенных конфликтных связей. Так, близкородственные, супружеские

⁸ Case T-415/10, Nexans France v Entreprise commune Fusion for Energy, para 114 [Electronic resource]. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=135264&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1299705> (дата обращения: 07.08.2023); Case T-403/12 Intrasoft International v European Commission ECLI-774, para 75 [Electronic resource]. URL: <https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=169641&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1296263> (дата обращения: 07.08.2023).

⁹ Например, случаи, при которых должностное лицо заказчика и лицо, осуществляющее функции управления в специализированной организации, связаны близкородственными или иными видами конфликтных отношений.

и корпоративные отношения лежат в основе конфликта интересов между заказчиком и участником закупки, а близкородственные и трудовые — конфликта интересов с участием экспертов [3, с. 133].

С учетом того обстоятельства, что объединяющим критерием всех указанных видов отношений является их формализация, одну из главных проблем составляет исключение из сферы правового регулирования неформализованных типов человеческих отношений, которые также способны генерировать ситуации конфликта интересов, как то: любовные, дружеские, профессиональные и др.

Одновременно с этим по смыслу отечественного правового регулирования носителями конфликта интересов являются не участники закупочных отношений сами по себе, а определенные лица. При этом особое внимание в этой части законодатель уделит лицам, действующим на стороне заказчика. К ним относятся руководитель заказчика, член комиссии по осуществлению закупок, руководитель контрактной службы заказчика, контрактный управляющий.

Данный перечень не является закрытым: конфликт интересов может также охватывать должностных лиц заказчика, полномочия которых являются тождественными по функциональным обязанностям полномочиям руководителя, а также позволяют влиять на процедуру закупки и результат ее проведения (в частности, лицо, занимающее должность заместителя руководителя)¹⁰.

Из указанного положения следует, что для целей определения наличия конфликта интересов российская правоприменительная практика, как и европейская директива, ориентирует на применение принципа фактического контроля.

В целом можно заключить, что отечественное правовое регулирование конфликта интересов основано на строгой формализации, предполагающей существование определенных моделей конфликта интересов. На практике данная особенность значительно сужает область регулирования конфликта интересов, что порождает различные формы злоупотреблений со стороны недобросовестных участников закупочных отношений.

В настоящее время попытки решения данной проблемы предпринимаются в судебной практике. Так, в одном из дел судом было установлено наличие конфликта интересов при заключении муниципального контракта между руководителем заказчика и генеральным директором участника закупки, связанными отношениями свойства (зять — теща)¹¹. Таким образом, суд на основе

¹⁰ Пункт 3 Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о применении пункта 9 части 1 статьи 31 Федерального закона от 5 апреля 2013 года № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд», утвержденного Президиумом Верховного Суда Российской Федерации 28 сентября 2016 года (См.: Бюллетень ВС РФ. 2017. № 2).

¹¹ Постановление Восьмого арбитражного апелляционного суда от 25 декабря 2023 года № 08АП-11274/2023 по делу № А70-11275/2023 [Электронный ресурс]. URL: https://kad.arbitr.ru/Document/Pdf/2000dd45-5bdb-4aae-ab0d-544498532bde/b43541c6-4322-4f8b-b8b5-168f50ac4962/A70-11275-2023_20231225_Postanovlenie_apelljacionnoj_instancii.pdf

системного толкования положений Закона о контрактной системе и Закона о противодействии коррупции ввел новый вид конфликтной связи для цели квалификации конфликта интересов.

Представляется, что одним из возможных путей преодоления возникающей проблемы может стать закрепление на уровне Закона № 44-ФЗ более гибких положений, определяющих понятие конфликта интересов, аналогичных тем, что содержатся в ст. 24 Директивы 2014/24/ЕС.

Закрепление на нормативном уровне базовых положений о конфликте интересов явилось важным шагом в совершенствовании механизма противодействия коррупции в государственных закупках в России, и ЕС. Вместе с тем эффективность правовых средств предотвращения конфликта интересов обеспечивается посредством реализации предварительных мер (*лат. ex ante*) контроля конфликта интересов до начала и в процессе проведения закупочных процедур, а также мер последующего (*лат. ex post*) контроля за правовыми последствиями возникшего конфликта интересов.

В качестве базового положения и Закон № 44-ФЗ, и Директива 2014/24/ЕС закрепляют обязанность заказчиков осуществлять мероприятия в области управления конфликтом интересов. Необходимость установления подобного требования обусловлена риском того, что заказчик при проведении закупки может руководствоваться соображениями, не связанными с целями закупочной процедуры, и отдать предпочтение определенному участнику закупки. Это влечет прямое нарушение таких принципов закупочной деятельности, как равное отношение ко всем участникам закупки (ЕС)¹², принципа обеспечения конкуренции (Россия).

Важно отметить, что антикоррупционное законодательство России¹³, а также источники мягкого права Европейского союза в области борьбы с коррупцией закрепляют такое правовое средство предотвращения конфликта интересов, как декларирование, позволяющее как сотруднику заказчика, так и участнику закупки в добровольном порядке сообщить обо всех возможных ситуациях конфликта интересов¹⁴.

В части вопроса о превентивных мерах нельзя обойти вниманием руководство, принятое в 2020 году Организацией экономического сотрудничества и развития, Управлением ООН по наркотикам и преступности и Всемирным

¹² Case C-538/13 eVigilo Ltd v Priešgaisrinės apsaugos ir gelbėjimo departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos [Electronic resource] // URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A62013CJ0538> (accessed: 15.08.2023).

¹³ Статья 11 Закона № 273-ФЗ содержит также такие меры по предотвращению конфликта интересов, как изменение должностного или служебного положения лица, являющегося стороной конфликта интересов, вплоть до его отстранения от исполнения должностных (служебных) обязанностей, отвод или самоотвод.

¹⁴ Public Procurement Guidance for Practitioners on the avoidance of the most common errors in projects funded by the European Structural and Investment Funds [Electronic resource]. URL: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/1f1c8329-c2c8-11e8-9424-01aa75e-d71a1/> (accessed: 03.06.2023).

банком¹⁵. В данном документе предлагаются такие меры управления конфликтом интересов, как публикация критериев отбора и оценки заявок участников закупки, а также обнародование имен должностных лиц, ответственных за принятие решений при проведении закупки.

Важным дополнением обновленного нормативного регулирования конфликта интересов в государственных закупках и России, и Европейского союза также стали меры последующего контроля за правовыми последствиями возникшего конфликта интересов, направленные на недопущение участия в процедуре закупки лиц, находящихся в состоянии конфликта интересов, а в конечном итоге — на предотвращение возможности заключения контракта при наличии конфликта интересов.

Положения параграфа 4 (е) статьи 57 Директивы 2014/24/ЕС закрепляют, что, в случаях когда конфликт интересов не может быть эффективно урегулирован, по решению организации-заказчика и государства — члена Европейского союза участник закупки может быть временно отстранен от участия в процедурах на срок, не превышающий трех лет.

Сам по себе механизм исключения из процедур закупки представляет собой достаточно серьезную меру, налагающую на участника закупки значительные правовые и экономические ограничения. По этой причине вышеупомянутой директивой установлено обязательное требование, предусматривающее, что исключение может иметь место лишь при отсутствии возможности эффективного урегулирования конфликта интересов иными правовыми средствами.

Закон о контрактной системе не предусматривает в качестве основания исключения наличие конфликта интересов. Однако такой участник в любом случае должен быть отстранен от дальнейшего участия в процедуре, либо ему должно быть отказано в заключении контракта (ч. 9 ст. 31 Закона № 44-ФЗ).

Помимо этого, российской судебной практикой в развитие ч. 22 ст. 34 Закона о контрактной системе выработано особое правовое последствие — признание государственного (муниципального) контракта ничтожным по п. 2 ст. 68 Гражданского кодекса Российской Федерации¹⁶.

Представляется, что избранный Верховным судом Российской Федерации и активно применяемый нижестоящими судебными органами подход нуждается в дополнительной оценке, в том числе учитывающей, обеспечивает ли правовое последствие в виде двусторонней реституции реальную защиту нарушенных интересов государственных заказчиков.

¹⁵ Preventing and Managing Conflicts of Interest in the Public Sector: good practices guide [Electronic resource]. URL: <https://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2020/Preventing-and-Managing-Conflicts-of-Interest-in-the-Public-Sector-Good-Practices-Guide.pdf> (accessed: 04.11.2023).

¹⁶ Пункт 9 Обзора судебной практики по делам, связанным с разрешением споров о применении пункта 9 части 1 статьи 31 Федерального закона от 5 апреля 2013 года № 44-ФЗ «О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муниципальных нужд» (<https://www.vsrif.ru/files/6387/>).

Выводы

Несмотря на то что и в России, и в ЕС сложились комплексные, самостоятельные системы правового регулирования конфликта интересов в государственных закупках, они не позволяют в полной мере исключить все возможные случаи возникновения конфликта интересов. Пробелы и несовершенства законодательного регулирования, совершение участниками закупки действий по устранению формально выявляемых конфликтных связей, а также современные процессы цифровизации государственных закупок ставят перед законодателями и правоприменителями новые задачи, сопряженные с необходимостью дальнейшего совершенствования механизмов противодействия недобросовестным практикам в закупочных процедурах. Одним из средств реализации данной задачи является обращение к опыту иностранного регулирования и внедрение лучших практик предотвращения конфликта интересов.

В частности, следует поддержать позицию О. А. Беляевой о необходимости дополнительного анализа опыта ЕС в части применения меры по временному исключению из закупки участника, находящегося в состоянии конфликта интересов, в целях выработки более оптимальных и отвечающих современным потребностям мер защиты контрактной системы¹⁷.

Кроме того, с целью обеспечения расширительного понимания конфликта интересов в сфере закупок следует рассмотреть перспективу принятия на уровне Закона о контрактной системе нормы-дефиниции конфликта интересов по аналогии с директивами ЕС.

Список источников

1. Бабаев Д. Д. Кристаллизация скрытого конфликта интересов в форматах системных злоупотреблений // Гражданское право. 2020. № 1. С. 37–40.
2. Беляева О. А. Конфликт интересов в публичных закупках // Журнал предпринимательского и корпоративного права. 2019. № 1. С. 13–18.
3. Беляева О. А., Трунцевский Ю. В., Цирин А. М. Правовые механизмы противодействия коррупции в сфере корпоративных закупок: научно-практическое пособие / отв. ред. И. И. Кучеров. М.: Контракт, 2019. 158 с.
4. Камальян А. М. Правовое регулирование государственных закупок в Европейском союзе: дис. ... канд. юрид. наук. М., 2018. 200 с.
5. European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU. 2021. 912 p.
6. Javier Miranzo Díaz. The Procedural Treatment of Conflicts of Interest in EU Public Procurement // Ferrari G., Garau G., Mondéjar-Jiménez J. Tourism, Economy and Environment: New Trends and Research Perspectives. Chartridge Books Oxford, 2017. P. 191–205.

¹⁷ См.: Эксперт ТПП РФ: законодателям следует проанализировать опыт ЕС в закупках по части борьбы с коррупцией [Электронный ресурс]. URL: https://kapital-rus.ru/uznai/news/ekspert_tpp_rf_zakonodateliam_sleduet_proanalizirovat_opt_es_v_zakupkah_po_chasti_borb_s_korruptciej/

References

1. Babaev D. D. Kristallizaciya skry`togo konflikta interesov v formatax sistemny`x zloupotreblenij // *Grazhdanskoe pravo*. 2020. № 1. S. 37–40.
2. Belyaeva O. A. Konflikt interesov v publiczny`x zakupkax // *Zhurnal predprinimatel`skogo i korporativnogo prava*. 2019. № 1. S. 13–18.
3. Belyaeva O. A., Truncevskij Yu. V., Cirin A. M. Pravovy`e mexanizmy` protivodejstviya korrupcii v sfere korporativny`x zakupok: nauchno-prakticheskoe posobie / otv. red. I. I. Kucherov. M.: Kontrakt, 2019. 158 s.
4. Kamalyan A. M. Pravovoe regulirovanie gosudarstvenny`x zakupok v Evropejskom soyuze: dis. ... kand. jurid. nauk. M., 2018. 200 s.
5. European Public Procurement: Commentary on Directive 2014/24/EU. 2021. 912 p.
6. Javier Miranzo Díaz. The Procedural Treatment of Conflicts of Interest in EU Public Procurement // Ferrari G., Garau G., Mondéjar-Jiménez J. *Tourism, Economy and Environment: New Trends and Research Perspectives*. Chartridge Books Oxford, 2017. P. 191–205.

Статья поступила в редакцию: 05.02.2024;
одобрена после рецензирования: 17.02.2024;
принята к публикации: 19.02.2024.

The article was submitted: 05.02.2024;
approved after reviewing: 17.02.2024;
accepted for publication: 19.02.2024.