

Роль договору про функціонування ЄС

у правовому регулюванні відносин у сфері державних закупівель



В. К. Малолітнева

аспірант відділу проблем господарсько-правового забезпечення та економічної безпеки держави Інституту економіко-правових досліджень НАН України

Стаття присвячена впливу Договору про функціонування ЄС на правове регулювання відносин у сфері державних закупівель як країн-членів ЄС, так і України. У роботі проводиться аналіз судової практики Європейського суду щодо застосування основних принципів Договору про функціонування ЄС у відносинах з держзакупівель.

Ключові слова: державні закупівлі, Договір про функціонування ЄС, Європейський суд.

Стаття посвящена влиянию Договора о функционировании ЕС на правовое регулирование отношений в сфере государственных закупок как стран-членов ЕС, так и Украины. В работе проводится анализ судебной практики Европейского суда о применении основных принципов Договора о функционировании ЕС в отношениях по госзакупкам.

Ключевые слова: государственные закупки, Договор о функционировании ЕС, Европейский суд.

The present article is dedicated to the impact of the Treaty on the functioning of the EU on legal regulation of relations in the sphere of public procurement of EU member states as well as of Ukraine. The European Court of Justice case

law on application of the basic principles of the Treaty on the functioning of the EU is analyzed in the paper.

Keywords: *government procurement, Treaty on the functioning of the EU, European Court of Justice.*

Державні закупівлі становлять одну із пріоритетних сфер для включення у різні інтеграційні процеси, в яких знаходиться Україна. Так, в Угоді про партнерство і співробітництво між Україною та Європейськими співтовариствами державні закупівлі були визначені серед пріоритетних сфер адаптації законодавства України до вимог Європейського Союзу (далі – ЄС). У 2012 році глави делегацій ЄС та України парафували текст Угоди про асоціацію, у т. ч. й положення про створення поглибленої зони вільної торгівлі. Глава 8 Розділу IV та Додаток XXI Угоди присвячені відносинам у сфері здійснення державних закупівель, що передбачають лібералізацію ринку держзакупівель та гармонізацію вітчизняного законодавства з основними вимогами Договорів ЄС та детальними положеннями Директив ЄС з держзакупівель. І хоча підписання Угоди про асоціацію на сьогодні призупинено, згідно з нормативно-правовими актами, зокрема Закону України «Про засади внутрішньої і зовнішньої політики», забезпечення інтеграції України в європейський політичний, економічний, правовий простір з метою набуття членства в ЄС виступає однією із основних засад зовнішньої політики нашої країни. Переговори з ЄС щодо підписання Угоди про асоціацію можуть бути відновленими. Крім того, у 2013 р. Кабінетом Міністрів України було схвалено стратегію розвитку системи управління державними фінансами, де серед пріоритетних

завдань визначається гармонізація національного законодавства у сфері держзакупівель з нормами і правилами ЄС.

Включення державних закупівель до процесу європейської інтеграції обумовлюється тим, що вони складають істотний за обсягом сектор економіки. Так, практика здійснення державних закупівель в Україні свідчить про їх значні обсяги. Згідно зі статистичними даними загальна вартість закупівель у 2012 р. складала аж 428 млрд грн [1].

Проблемам, пов'язаним із здійсненням державних закупівель у ЄС та Україні, присвячено праці вітчизняних авторів, таких, як О. Турченко [2], І. Влялько [3] та ін. Втім, деякі питання залишаються не дослідженими, наприклад, вплив та місце Договору про функціонування ЄС у правовому регулюванні відносин у сфері державних закупівель як країн-членів ЄС, так і України, що є метою цієї статті.

Законодавство ЄС з держзакупівель складається, по-перше, з Договору про функціонування ЄС, що закріплює фундаментальні принципи, які визначають основу правового регулювання відносин у сфері здійснення державних закупівель. По-друге, у ЄС діють Директиви з держзакупівель, зокрема Директива щодо закупівель у «класичному» державному секторі закупівель – «Про державні закупівлі» (далі – Директива у державному секторі закупівель), та Директива щодо закупівель у комунальному секторі – «Про закупівлі суб'єктами, що здійснюють свою діяльність у водному, енергетичному, транспортному та поштовому секторах» (далі – Директива у комунальному секторі закупівель).

Директиви ЄС автоматично не охоплюють всі державні закупівлі, що здійснюються державами-членами ЄС.

По-перше, під сферу дії законодавства ЄС підпадають тільки ті закупівлі, які пе-

ревищують встановлені порогові показники. Щодо членів ЄС такі показники закріплені у Директивах ЄС з держзакупівель, а стосовно країн, які уклали Угоду про асоціацію з ЄС, – визначені Сторонами в самій Угоді. Так, порогові показники, які у разі підписання Угоди будуть застосовуватися у відносинах між Україною та ЄС під час здійснення держзакупівель, визначені у Додатку XXI-Р до Угоди про асоціацію. Наприклад, щодо закупівель робіт він складатиме 5 150 000 євро. Договори, які за вартістю є меншими за порогові показники, не охоплюються детальними правилами Директив з державних закупівель.

По-друге, у Директивах закріплений вичерпний перелік видів держзакупівель, які не здійснюються згідно з правилами ЄС, наприклад, у разі нагальної необхідності придбання певних товарів, робіт та послуг тощо.

По-третє, згідно з попереднім законодавством ЄС у сфері держзакупівель проводилося розмежування двох видів послуг, зокрема «пріоритетні» та «непріоритетні». Перелік «пріоритетних» послуг, наприклад таких, як технічне обслуговування транспортних засобів, бухгалтерські, інформаційно-технічні, закріплювався в окремому Додатку до Директив ЄС з держзакупівель. Такі послуги виділялися в окрему категорію внаслідок потенційного впливу на транскордонну торгівлю, а отже, їх закупівля здійснювалася згідно з детальними правилами Директив ЄС з держзакупівель. У свою чергу, непріоритетні послуги, наприклад, медичні та правові, не представляли інтерес для транскордонної торгівлі, а отже, і не охоплювалися детальними правилами ЄС з держзакупівель. Відповідно до нових Директив таке розмежування було скасовано. Втім соціальні послуги, а також у сфері охорони здоров'я та освіти були визнані такими,

що мають специфічні ознаки та обмежений інтерес для транскордонної торгівлі. Отже, з метою надання країнам-членам ЄС свободи у виборі постачальників цих послуг було встановлено спрощений порядок державних закупівель шляхом закріплення високого порогового показника (500 000 євро).

Отже, у разі здійснення закупівель, що підпадають під вищезазначені виключення, українські постачальники та замовники мають можливість не дотримуватись процедурних правил Директив ЄС з держзакупівель, наприклад щодо публікації оголошень у офіційному виданні ЄС з держзакупівель англійською мовою (Official Journal), дотримання строків, які відрізняються від закріплених у вітчизняному законодавстві тощо. Крім того, у разі необхідності під час здійснення внутрішніх закупівель провадити політику підтримки вітчизняних постачальників, враховувати особливості національної закупівельної системи. Закріплення вищезазначених виключень передбачає надання певної автономії в державному регулюванні закупівель органам держав-членів ЄС у сфері держзакупівель.

Проте згідно з законодавством ЄС, незважаючи на той факт, що вищевказані закупівлі не охоплюються дією Директив ЄС, порядок їх здійснення повинен обов'язково відповідати основним принципам Договору про функціонування ЄС (далі – ДФЄС), які мають пряму дію та застосовуються до всіх договорів про закупівлю. До них відносяться:

- 1) вільний рух товарів (ст. 34 ДФЄС);
- 2) свобода надання послуг (ст. 56 ДФЄС);
- 3) право на заснування (ст. 49 ДФЄС).

Роль ДФЄС у сфері держзакупівель можна розглянути на прикладі дії принципу вільного руху товарів. Стаття 34 ДФЄС забороняє кількісні обмеження на імпорт та на всі заходи еквівалентної

дії між державами-членами. Стаття 34 ДФЄС охоплює такі три види заходів:

1) заходи, які є дискримінаційними по відношенню до імпортованої продукції.

Такі дії передбачають застосування різних правил до імпортованих та вітчизняних товарів, що є проявом прямої дискримінації. У сфері державних закупівель прикладом таких заходів можуть виступати:

- рішення щодо закупівель певних товарів тільки у національних постачальників;
- надання преференцій вітчизняним постачальникам.

У справі Європейського суду *Du Pont de Nemours Italiana SpA v Unita Sanitaria Locale No.2 Di Carrara* [5] було розглянуто питання резервування певних державних контрактів, що укладалися італійськими органами тільки з підприємствами із нерозвиненого регіону Італії, які пропонували товари, що принаймні частково вироблені у цьому регіоні. Такі дії були оцінені судом як прояв прямої дискримінації на користь італійських товарів та кваліфіковані як заходи, що мають еквівалентний ефект до кількісних обмежень, закріплених у ст. 34 ДФЄС.

Ще одним прикладом виступає справа *Commission v Denmark* [6], де Суд визнав такою, що суперечить ст. 34 ДФЄС, вимогу у договорах про закупівлю робіт Данії використовувати тільки данські матеріали.

Згідно з деякими законопроектами, зокрема № 9623 від 20.12.2011 р. та № 2091 від 24.01.2013 р., які за останній час були зареєстровані у Верховній Раді України, пропонувалося закріпити право замовника вимагати від іноземного учасника, що бере участь у процедурі закупівлі, надання та виконання послуг чи робіт з використанням вітчизняних сировини, матеріалів та робочої сили у разі, якщо предметом закупівлі є послуги чи роботи, що здійснюються на території України. Але вищенаведений аналіз судової практики ЄС свідчить про неможливість

застосування положень законопроектів навіть до закупівель, які безпосередньо не охоплюються Директивами ЄС з держзакупівель, що у свою чергу зводить нанівець будь-які спроби законодавців запровадити певні мехізми підтримки вітчизняних постачальників.

2) Заходи, які однаково застосовуються до вітчизняних та імпортованих товарів, однак мають ефект надання переваг (сприяння) товарам національного виробництва (прояв непрямой дискримінації).

Порушення принципу вільного руху товарів шляхом застосування зазначених заходів розглядалося у справі *Commission v Ireland* [7]. Предметом оскарження виступали специфікації, що встановлювали вимогу використовувати труби для виконання будівельних робіт, які відповідають стандартам Ірландії. Така вимога висувалась як до вітчизняних, так і до імпортованих товарів. Однак, на практиці вона мала більший вплив на імпортовані товари, оскільки тільки ірландські фірми виробляли труби відповідно до стандартів Ірландії, що було кваліфіковано в якості непрямой дискримінації.

3) Заходи, що мають однаковий вплив на вітчизняні й імпортовані товари.

Стаття 34 ДФЄС може застосовуватися до заходів, які мають однаковий вплив на національні й імпортовані товари, тобто які навіть не є дискримінаційними за своєю дією. Всі національні правила, що можуть вплинути на доступ товарів на ринки країн-членів ЄС, будуть охоплюватися ст. 34 ДФЄС, якщо тільки вони не підпадають під виключення, закріплені у ст. 36 ДФЄС (охорона здоров'я, безпека тощо). Ці правила варіюються від технічного регулювання (щодо якості та безпеки товарів, їхнього впливу на навколишнє середовище та ін.) до правил, що можуть вплинути на продаж товарів (правила щодо обмежень продажу товарів особам певного віку, дозволених годин ро-

боти магазинів, рекламування товарів тощо). Як стверджують деякі автори, закріплення настільки широкої сфери охоплення ст. 34 ДФЄС означає, що такі правила мають бути виправдані національними урядами у судах, що призведе до необґрунтованого обмеження наявної регуляторної автономії держав-членів ЄС, завантаження судів та охоплення судових справ, які мають слабкий зв'язок з торгівлею всередині Співтовариства [4, с. 69].

У справі *Commission v Netherlands* [8] Європейський суд постановив, що вимога закріплена у договорі про закупівлю використовувати тільки операційну систему UNIX суперечить ст. 34 ДФЄС. Навіть якщо вона не передбачає надання жодних привілеїв вітчизняним постачальникам, така вимога виключає можливість участі у закупівлях підприємств, які не використовують операційну систему UNIX.

Завжди вважалося, що вплив Договору про функціонування ЄС (ДФЄС) на державні закупівлі полягав у забороні дій, що обмежують доступ до державних контрактів, такі, як дискримінаційні умови участі у закупівлях або дискримінаційна система оцінки пропозицій.

Проте у справі *Telaustria* [9] встановлено, що згідно з ДФЄС на замовників покладаються ще й інші зобов'язання, а саме – дотримуватися правил щодо оголошень про закупівлі. Справа стосувалася договору концесії послуг, який не охоплювався дією Директив ЄС з держзакупівель.

Європейський суд зазначив, що принцип недискримінації, закріплений у ДФЄС, включає і зобов'язання щодо прозорості закупівель, який передбачає «такий ступінь повідомлення про закупівлю, що дозволяє ринку послуг бути відкритим для конкуренції...». Але таке рішення викликало багато запитань, зокрема, які обов'язки виникають у замовника після того, як було повідомлено про закупівлю? Чи необхідно проводити кон-

курсні торги? У справі *Consorzio Aziende Metano (Coname) v Comune di Cingia de' Botti* [10] Європейський суд зазначив, що не обов'язково проводити торги і детальні правила Директив ЄС не застосовуються. Але в об'єднаних справах *SECAP and Santorso v Comune di Torino* [11] суд підтримав позицію Європейської комісії, яка обґрунтована у двох Комуніках: 1) щодо концесій та 2) контрактів, які частково або цілком не підпадають під дію Директив ЄС з держзакупівель [12; 13], і згідно з якою замовники повинні не тільки повідомляти про закупівлю, а й зобов'язані проводити конкурсний відбір. Він повинен здійснюватися на підставі загального принципу рівного ставлення, що включає вимоги про розумні строки проведення закупівель, оцінки пропозицій та ін., які є подібними до тих, що закріплені у Директивах ЄС з держзакупівель [4, с. 80].

Виключення закупівель, зокрема які не перевищують порогові показники, з-під дії Директив ЄС обумовлюється тим, що вони в основному не представляють інтерес для транскордонної торгівлі.

Але згідно з Європейським судом незастосування детальних правил Директив з держзакупівель до договорів невеликої вартості ще не означає, що вони взагалі не охоплюються правом ЄС [14]. У справі *Commission v Italy* [15] зазначено: якщо закупівлі за вартістю є меншими за порогові показники, однак становлять «певний інтерес для транскордонної торгівлі», безпосереднє укладення договору без розміщення оголошення прирівнюється до прояву непрямой дискримінації по відношенню до підприємств, що розташовані в інших країнах-членах ЄС.

У справі *Asociación Profesional de Empresas de reparto y Manipulado de Correspondencia v Administración General del Estado* [14] встановлено, що укладання договору про закупівлю, який за вартістю

був меншим за порогові показники, без відповідного оголошення, що дозволяє провести конкурентний відбір або поборотися за контракт на конкурентних умовах, суперечить зобов'язанням ДФЄС щодо рівного ставлення та прозорості. У цій справі такий критерій, як інтерес для транскордонної торгівлі, взагалі не згадується.

Принцип прозорості, що був розглянутий у справі *Telaustria*, піддався значній критиці з боку науковців. Зокрема, зазначалося, що він необґрунтовано обмежує свободу держав-членів виключати певні види закупівель з-під дії правил Директив і створює істотну невизначеність для замовників та учасників закупівель. Однак незважаючи на критику цього принципу, пізніше він був підтверджений Великою палатою Європейського суду у справі *Coname* [4, с. 83].

Крім того, згідно з Директивою ЄС у комунальному секторі закупівель, якщо діяльність замовника, яка здійснюється у сферах, визначених цією Директивою, безпосередньо охоплюється конкуренцією на ринках, доступ до яких не є забороненим, Європейська комісія може прийняти рішення щодо виключення такої діяльності з-під дії положень Директиви. Це пояснюється тим, що такі замовники повинні мати можливість здійснювати діяльність на конкурентних і комерційних умовах, протистояти будь-якому тиску з боку держави щодо закупівель саме у національних підприємств або вітчизняних товарів. Адже одна з головних цілей Директив ЄС з держзакупівель – виключення можливих випадків дискримінації.

Втім, виходячи із вищезгаданих зобов'язань замовників, закріплених у ДФЄС, та обов'язків, встановлених у справі *Telaustria*, переваги від такого виключення з-під дії Директиви ЄС втрачаються. Адже замовники все одно мають дотримуватися цілого ряду певних правил.

Законодавство України з державних закупівель також застосовується лише за умови, що вартість предмета закупівлі дорівнює або перевищує встановлені порогові показники. Порогові показники, які будуть застосовуватися у відносинах між Україною та ЄС під час здійснення держзакупівель, визначені у Додатку XXI-Р до Угоди про асоціацію. Вони є значно вищими, ніж ті, які на сьогодні закріплені у законодавстві України. Наприклад, пороговий показник для закупівлі товарів та послуг у державному секторі згідно з Угодою складає 206 000 євро (2 133 768 грн), а згідно з законодавством України – 9 650 євро (100 000 грн), у будівництві – 28 900 євро (300 000 грн). Щодо робіт у комунальному секторі: згідно з Угодою – 5 150 000 євро (53 344 215 грн), відповідно до Законів України – 96 540 євро (1 000 000 грн). Наведені дані свідчать про високу вартість закріплених в Угоді про асоціацію порогових показників. З одного боку, це дозволяє не застосовувати правила Директив ЄС до значної кількості державних закупівель, що здійснюються в Україні. З іншого боку, як показав вищепроведений аналіз, замовники все одно повинні дотримуватися основних правил ЄС з держзакупівель.

Таким чином, на підставі аналізу законодавства та наукової літератури можна зробити висновок, що незважаючи на формальну гнучкість правового регулювання державних закупівель у ЄС, яка полягає у наданні можливостей державам-членам ЄС встановлювати правила здійснення держзакупівель, виходячи із особливостей національних закупівельних систем, фактично майже всі державні закупівлі повинні здійснюватися згідно з правилами ЄС. Адже закупівлі, що не охоплюються дією Директив ЄС, повинні відповідати принципам Договорів ЄС, які на практиці виходять за межі основоположних засад здійснення закупівель, але передбача-

ють дотримання замовниками навіть певних процедурних правил.

Це свідчить про потенційні негативні наслідки для вітчизняних постачальників та замовників, які у разі підписання Угоди про асоціацію, змушені будуть здійснювати будь-які державні закупівлі згідно з правилами ЄС. У свою чергу, це виключає можливість запровадження механізмів підтримки українських виробників

та врахування національних особливостей закупівельної системи. Навіть Угода СОТ з держзакупівель, до якої Україна має наміри у найближчому часі приєднатися, запроваджує більш гнучкий режим правового регулювання відносин у сфері держзакупівель, адже не передбачає застосування детальних правил Угоди до закупівель, які не перевищують встановлені порогові показники.

Список використаної літератури

1. Проведення процедур закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти в Україні за січень-грудень 2012 р. [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://ukrstat.gov.ua>
2. Турченко О. Г. Правове регулювання державних закупівель товарів, робіт та послуг Європейського Союзу (зближення законодавства України з правом ЄС) : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11 / О. Г. Турченко. – К., 2008. – 23 с.
3. Влялько І. В. Правове регулювання державних закупівель в ЄС : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.11 / І. В. Влялько. – К., 2009. – 24 с.
4. Arrowsmith S. EU Public Procurement : an Introduction // EU Asia Inter University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation, Nottingham University [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.nottingham.ac.uk>
5. Case 21/88, Du Pont de Nemours Italiana SpA v Unita Sanitaria Locale No.2 Di Carrara («Du Pont de Nemours») [1990] E.C.R. I-889 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://www.biicl.org>
6. Case C-243/89, Commission v Denmark («Storebaelt») [1993] ECR I-3353 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu>
7. Case 45/87, Commission v Ireland [1988] ECR 4929 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eurlex.europa.eu>
8. Case C-359/93, Commission v Netherlands [1995] ECR I-157 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eurlex.europa.eu>
9. Case C-324/98, Telaustria Verlags GbmH and Telefonadress GmbH v Telekom Austria and Herold Business Data AG («Telaustria») [2000] ECR I-10745 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu>
10. Case C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname) v Comune di Cingia de' Botti [2005] ECR I-7287 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eur-lex.europa.eu>
11. Joined Cases C-147/06 and C-148/06, SECAP and Santorso v Comune di Torino [2008] ECR I-3565 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://curia.europa.eu>
12. European Commission, Interpretative Communication on Concessions under Community Law [2000] O.J. C121/2 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eurlex.europa.eu>
13. European Commission, Commission Communication on the Community law applicable to contract awards not or not fully subject to the provision of the Public Procurement Directives, 23.6.2006 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://eurlex.europa.eu>
14. Case C-220/06, Asociación Profesional de Empresas de reparto y Manipulado de Correspondencia v Administración General del Estado [2007] ECR I-12175 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://curia.europa.eu>
15. Case C-412/04, Commission v Italy [2008] ECR I-619 [Електронний ресурс]. – Режим доступу : <http://curia.europa.eu>