

УДК 346.5(477)

Р.А. ДЖАБРАІЛОВ, докт. юрид. наук,
доц., Інститут економіко-правових досліджень
НАН України

В.К. МАЛОЛІТНЕВА, канд. юрид. наук,
Інститут економіко-правових досліджень НАН
України

ГАРМОНІЗАЦІЯ ЗАКОНОДАВСТВА З ДЕРЖАВНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ В УКРАЇНІ ЗІ СТАНДАРТАМИ ЄС: КОНЦЕПЦІЯ СПЕЦІАЛЬНИХ ТА ЕКСКЛЮЗИВНИХ ПРАВ

Ключові слова: державні закупівлі, спеціальні та ексклюзивні права, ЄС, Угода про асоціацію

За останні роки законодавство України з державних закупівель постійно змінювалося, що було обумовлено різними цілями: підвищення конкуренції, боротьба з корупцією, спрощення умов участі у закупівлях та ін. З підписанням та ратифікацією Угоди про асоціацію з ЄС (далі – Угода) [1] Україна взяла на себе зобов'язання з гармонізації вітчизняного законодавства про державні закупівлі з вимогами Договорів ЄС та детальними положеннями Директив ЄС про держзакупівлі відповідно до глави 8 розділу IV та додатку XXI Угоди. Наразі, реформа системи державних закупівель у значній мірі обумовлена взятими Україною зобов'язаннями перед ЄС. До таких суттєвих змін до національного законодавства з державних закупівель слід віднести можливість охоплення законодавством з державних закупівель і суб'єктів господарювання приватної форми власності, які не є замовниками у класичному розумінні даного поняття, однак здійснюють окремі види господарської діяльності, переважно у комунальному секторі економіки. Такі підприємства зобов'язані дотримуватися законодавства з державних закупівель лише за умови наявності у них спеціальних або ексклюзивних прав.

Оскільки поняття спеціальних та ексклюзивних прав в Україні у контексті державних закупівель є новим, важливо встановити його сутність.

Проблеми реформування системи державних закупівель у контексті євроінтеграційних процесів набувають все більшої актуальності серед науковців [2, с.12–18; 3, с.197–214; 4, с.263–265; 5]. Втім, сутність поняття спеціальних та ексклюзивних прав не була досліджена, а також проблеми правового статусу суб'єктів господарювання приватної форми власності, які володіють такими правами, і які здійснюють державні закупівлі, не були вирішені та висвітлені через призму науки господарського права, що виступатиме метою даної статті.

Новизна одержаних результатів полягає у тому, що у контексті реалізації положень Угоди про асоціацію України з ЄС встановлено сутність поняття спеціальних та ексклюзивних прав у сфері державних закупівель як поняття уніфікованого з Директивами ЄС про держзакупівлі; виявлено особливості правового регулювання відносин, які виникають під час здійснення державних закупівель суб'єктами господарювання приватної форми власності на підставі ексклюзивних та спеціальних прав як у країнах-членах ЄС, так і в Україні; розроблено пропозиції з удосконалення законодавства з державних закупівель у комунальному секторі економіки України, зокрема у сфері відносин, які складаються під час здійснення закупівель суб'єктами господарювання приватної форми власності в окремих сферах господарської діяльності.

Слід вказати, що українське законодавство з державних закупівель в останні роки зазнало суттєвих змін і було у більшій частині приведено у відповідність до вимог нормативно-правових актів ЄС. Одним із найбільш вагомих є прийняття у 2012 р. Закону України «Про особливості здійснення державних закупівель в окремих сферах господарської діяльності» (далі – Закон про особливості здійснення закупівель) [6], що відповідає правовій традиції ЄС щодо розмежування державних

закупівель у державному та комунальному секторах економіки. Саме цим Законом було запроваджено європейський підхід, коли під дію законодавства з держзакупівель можуть підпадати не тільки замовники державної та комунальної форми власності, але й суб'єкти господарювання приватної форми власності, що надають послуги у сферах, визначених Законом (забезпечення виробництва та постачання теплової енергії, електричної енергії, питної води, надання послуг аеропортів, портів та ін.). Такі суб'єкти господарювання охоплюються дією законодавства тільки за умови здійснення своєї діяльності на підставі спеціальних або ексклюзивних прав. Згідно із законодавством про держзакупівлі України, зокрема новим Законом «Про публічні закупівлі» [7], спеціальні або ексклюзивні права – це права, надані в межах повноважень органом державної влади або органом місцевого самоврядування на підставі будь-якого нормативно-правового акта та/або акта індивідуальної дії, що обмежують провадження діяльності у сферах, визначених Законом, однією чи кількома особами, що істотно впливає на здатність інших осіб провадити діяльність у вказаних сферах.

Поняття ексклюзивних та спеціальних прав було запроваджено в українське законодавство відповідно до положень Директиви ЄС з державних закупівель у комунальному секторі економіки. Відповідно до Зеленої книги Європейської комісії щодо модернізації системи державних закупівель ЄС одна із основних причин запровадження особливих закупівельних правил у комунальному секторі економіки була обумовлена закритим характером ринків, на яких підприємства здійснювали діяльність завдяки наявності спеціальних/ексклюзивних прав, наданих державами-членами [8]. Загалом, спеціальні та ексклюзивні права існують там, де необхідний дозвіл, зокрема ліцензія, для здійснення певного виду діяльності. Підприємства, які провадять діяльність, що охоплюється Директивою ЄС, традиційно залежали від наявності ліцензії, яка б надавала право здійснювати господар-

ську діяльність, оскільки, як правило, неможливо суб'єкту господарювання самостійно визнати себе виробником електроенергії або постачальником води [9, с.223]. Основна мета охоплення підприємств приватної форми власності законодавством з державних закупівель у комунальному секторі економіки обумовлювалась існуванням різних способів впливу держави на поведінку таких суб'єктів господарювання через наявність відповідних дозволів, які держава видає. Іншими словами, за відсутності достатнього конкурентного тиску, було визнано за необхідне застосування правил Директиви у комунальному секторі економіки для забезпечення прозорості та недискримінації під час закупівель. За відсутності спеціальних правил існували побоювання, що рішення про закупівлю підприємства, яке має спеціальні/ексклюзивні права, може прийматися під впливом держави і полягатиме у наданні переваг місцевим товарам, фаворитизмі та ін. [8].

Відповідно до першої Директиви про координацію закупівельних процедур суб'єктами господарювання у водному, енергетичному, транспортному та телекомунікаційному секторах 93/38/ЄЕС від 1993 р. [10], зокрема у ч.3 ст.2 спеціальні та ексклюзивні права визначалися як права, що походять з дозволів, наданих компетентними органами країни-члена відповідно до закону або адміністративного заходу, які резервують для одного або більше суб'єктів господарювання здійснення видів діяльності, передбачених даною Директивою.

У вказаній Директиві чітко зазначалися випадки, коли підприємство вважалось таким, що користується спеціальними/ексклюзивними правами, зокрема: 1) з метою побудови мереж або об'єктів передбачених у Директиві, наприклад аеропорту або порту, підприємство може отримати перевагу від процедури експропріації та використання майна або може розмістити відповідне обладнання на, над або під автодорогами загального користування; 2) підприємство, яке постачає питну воду, електроенергію, газ та тепло, управляється суб'єктом господарювання, яке має спеціальні/

ексклюзивні права, надані компетентним органом країни-члена. Така концепція спеціальних/ексклюзивних прав не викликала особливих питань і дає змогу зрозуміти необхідність охоплення законодавством з держзакупівель підприємств приватної форми власності.

Втім, 15.09.2015 р. в Україні було прийнято Закон «Про внесення змін до деяких законів України у сфері державних закупівель щодо приведення їх у відповідність із міжнародними стандартами та вжиттям заходів з подолання корупції» [11], яким було внесено зміни щодо визначення спеціальних та ексклюзивних прав, відповідно до яких права, що були надані за результатами конкурсів (тендерів) інформація про проведення яких попередньо оприлюднювалась, та якщо надання цих прав здійснювалося на основі об'єктивних критеріїв, не вважаються спеціальними або ексклюзивними. Обґрунтування щодо запровадження такого положення у пояснювальній записці до проекту Закону України «Про внесення змін до деяких законів України у сфері державних закупівель щодо приведення їх у відповідність із міжнародними стандартами та вжиттям заходів з подолання корупції» відсутнє. Втім, у Стратегії реформування системи публічних закупівель («дорожня карта») [12] визначено етапи адаптації законодавства до правил ЄС згідно з положеннями Угоди про асоціацію з ЄС, у яких окремо зазначено про гармонізацію норм про спеціальні та ексклюзивні права. Таким чином, запровадження даного положення в українському законодавстві також обумовлено приведенням вітчизняних нормативно-правових актів з держзакупівель до вимог Директив ЄС. Для встановлення мети визначення порядку набуття ексклюзивних та спеціальних прав в якості критерію, відповідно до якого спеціальне/ексклюзивне право відсутнє або наявне, слід звернутися до законодавства ЄС з державних закупівель.

З моменту прийняття першої Директиви з державних закупівель у комунальному секторі економіки поступова лібералізація відповідних ринків як на рівні ЄС, так і на націона-

льному (наприклад, щодо виробництва та постачання електроенергії і газу, надання поштових послуг тощо), значною мірою вплинуло на концепцію спеціальних/ексклюзивних прав. Наразі, у країнах-членах ЄС надання відповідного дозволу органом державної влади або місцевого самоврядування для здійснення певного виду діяльності не обов'язково становить спеціальні та ексклюзивні права. Так, у 1996 р. у рішенні Telecommunications [13] щодо надання телекомунікаційних послуг Європейський судом було модернізовано визначення поняття ексклюзивних/спеціальних прав. Він зазначив, що ексклюзивні або спеціальні права, як правило, виступають правами, які надаються компетентними органами країни-члена підприємству або обмеженій кількості підприємств, *крім випадків надання таких прав на основі об'єктивного, пропорційного та недискримінаційного критерію (авторське виділення)*, і які істотно обмежують здатність інших суб'єктів господарювання будувати та управляти телекомунікаційними мережами або надавати телекомунікаційні послуги у одному географічному районі відповідно до однакових умов. Суд встановив, що спеціальні та ексклюзивні права для будівництва телекомунікаційних мереж загального користування та надання телекомунікаційних послуг не можуть характеризуватися як можливість уповноважених телекомунікаційних підприємств мати відповідні прерогативи, зокрема право придбавати земельну ділянку в обов'язковому порядку або за згодою сторін, користуватися ділянкою в діагностичних цілях або розміщувати необхідне обладнання на/над/під дорогами загального користування та розміщувати відповідну апаратуру на приватній земельній ділянці з дозволу осіб, які мають інтерес у цій ділянці, або з дозволу суду, оскільки такі права «передбачені тільки для полегшення будівництва мереж відповідним підприємствам і можуть бути надані всім зацікавленим операторам та не дають їх держателям яких-небудь істотних переваг перед своїми потенційними конкурентами».

Виникла недопустима ситуація, коли поняття спеціальних та ексклюзивних прав мало два кардинально різних визначення: у рішенні Суду та Директиві з державних закупівель у комунальному секторі економіки 93/38/ЄЕС. У 2004 р. під час прийняття вже нової Директиви «Про координацію закупівельних процедур підприємствами, які здійснюють діяльність у водному, енергетичному, транспортному та поштовому секторах» (2004/17/ЄС) [14] було вирішено залишити визначення спеціальних/ексклюзивних прав, напрацьованого Європейським судом. Відповідно до ст.2 нової Директиви 2004/17/ЄС спеціальні/ексклюзивні права визначалися як права, які надані компетентним органом країни-члена за допомогою будь-якого законодавчого, нормативного та адміністративного положення, що обмежує здійснення видів діяльності, визначених у Директиві одним або декількома суб'єктами господарювання, і що істотно впливає на здатність інших суб'єктів здійснювати таку діяльність. При цьому у п.25 Преамбули даної Директиви наголошувалося на необхідності правильного визначення поняття спеціальних та ексклюзивних прав. Відтепер відповідно до даної Директиви: 1) той факт, що підприємство з метою будівництва мережі, порту або аеропорту може отримати перевагу від процедури відчуження або використання відповідного майна, або від того, що воно може розмістити необхідне обладнання над чи під дорогами загального користування, не становить спеціальне або ексклюзивне право; 2) спеціальні та ексклюзивні права не існують просто за рахунок того, що підприємство, яке здійснює постачання води, електроенергії та ін., управляється підприємством, що має спеціальні/ексклюзивні права, які були надані компетентним органом держави-члена; 3) права, надані країнами-членами у будь-якій формі, у т.ч. шляхом надання концесії обмеженої кількості підприємств на підставі об'єктивного та недискримінаційного критерію, що дозволяє будь-якому зацікавленому суб'єкту господарювання задовольнити цей критерій (*авторське виділення*) для отримання таких прав, не

вважаються ексклюзивними або спеціальними.

Наслідки закріплення нового визначення спеціальних/ексклюзивних прав у Директиві 2004/17/ЄС полягали в тому, що підприємства, які охоплювалися попередньою Директивою з держзакупівель 93/38/ЄЕС тільки на підставі того, що вони вважалися такими, що мають переваги від користування спеціальними/ексклюзивними правами, відтепер не підпадали під дію нової Директиви. З прийняттям Директиви 2004/17/ЄС стало неможливо встановлювати наявність спеціальних/ексклюзивних прав, виходячи лише з виду діяльності, яку здійснює підприємство. Як зазначає Європейська комісія у своєму поясненні щодо визначення таких прав, відповідно до нової Директиви фактично немислимо на практиці, що підприємство може, наприклад, розподіляти електроенергію, не маючи права встановлювати свої пілони на земельній ділянці державної форми власності. Отже, відповідно до висновку Європейської комісії важливо аналізувати окремо у кожному випадку, чи має суб'єкт господарювання спеціальні/ексклюзивні права або ні [15].

У 2014 р. було прийнято нову Директиву 2014/25/ЄС, яка діє на сьогоднішній день, щодо проведення закупівель організаціями, які здійснюють діяльність у сфері водопостачання, енергетики, транспорту та поштових послуг [16]. У даній Директиві визначення спеціальних та ексклюзивних прав знову зазнало змін під впливом вищенаведеної справи Європейського суду та положень Преамбули Директиви 2004/17/ЄС. Наразі аналіз наявності чи відсутності спеціальних/ексклюзивних прав має обов'язково включати й визначення способу їх отримання підприємством. Згідно з новою Директивою 2014/25/ЄС визначення спеціальних/ексклюзивних прав було доповнено наступним положенням: «Права, які надані за допомогою відповідної процедури, в межах якої належним чином забезпечено прозорість, і якщо надання цих прав здійснювалося на основі об'єктивних критеріїв, не є спеціальними або винятковими правами». Ві-

дповідно до роз'яснень Європейської комісії, якщо підприємство отримало права, навіть ексклюзивні, для здійснення діяльності, передбаченої у Директиві з держаних закупівель у комунальному секторі на підставі об'єктивного та недискримінаційного критерію, такі права не є ексклюзивними чи спеціальними в розумінні Директиви, а отже підприємство не охоплюється її дією. Однак, дуже важливо, щоб процедурі, яка використовувалася для надання прав, передувала належна прозорість та відкритість інформації про неї, оскільки без такого повідомлення не може бути гарантовано, що критерій відкритий для будь-якого зацікавленого суб'єкта господарювання, який у разі відповідності йому може отримати такі права [15]. Нова Директива 2014/25/ЄС визначає процедури, у разі дотримання яких права не вважаються спеціальними/ексклюзивними. Так, до них відносяться всі процедури відповідно до Директиви про державні закупівлі за винятком договірної процедури без попереднього опублікування. Крім того, вони включають процедури, встановлені рядом Директив з лібералізації комунального сектора ЄС для забезпечення конкурентної системи розподілу ліцензій/дозволів, метою якої є саме надання рівного доступу [17].

Обґрунтування запровадження у Директиві зазначеного нового положення полягає у тому, що коли будь-яке підприємство, яке відповідає певному критерію, може отримати дозвіл, та процес його отримання прозорий, держава не може легко відмовити в ліцензії тому, хто кваліфікований. Таким чином, держава не може впливати на рішення суб'єктів господарювання, які отримали дозвіл, щодо закупівель, наприклад, закуповувати тільки у місцевих виробників. Отже, не має потреби у застосуванні правил, передбачених Директивою у комунальному секторі [18, с.9].

У цьому контексті слід вказати ще одну позицію ЄС щодо спеціальних та ексклюзивних прав, надання яких веде до обмеження числа учасників певного виду діяльності однією або декількома організаціями, що ставить приватні компанії у монопольне поло-

ження і істотним чином позбавляє інші підприємства можливості займатися цим видом діяльності, яка полягає у наступному. Підприємство, яке працює у комунальному секторі економіки, зазвичай займає монопольне становище. Це у свою чергу означає, що такого суб'єкта господарювання не хвилюють проблеми належного та економного використання коштів під час здійснення державних закупівель, оскільки він може спокійно перекласти понесені ним витрати на населення, яке не має інших джерел постачання потрібних йому товарів, робіт або послуг [19, с.6]. Отже, для дотримання вимог щодо якості, ціни тощо таке підприємство повинно дотримуватися правил з державних закупівель, передбачених Директивою ЄС у комунальному секторі економіки, адже діяльність таких суб'єктів господарювання безпосередньо спрямована на надання послуг населенню. Виходячи з цих позицій, під сферу дії даної Директиви також було включено і приватні підприємства, які здійснюють свою діяльність у водному, енергетичному, транспортному та поштовому секторах на підставі спеціальних чи ексклюзивних прав, адже надання їм таких прав суттєво впливає на здатність інших суб'єктів господарювання здійснювати такий вид діяльності і фактично робить їх монополістами у зазначених сферах. Європейська комісія визнає, що у випадку отримання відповідних прав на підставі конкурентної процедури згідно з об'єктивним критерієм існує достатній конкурентний тиск на ринку, щоб звести нанівець необхідність додаткового захисту для споживачів, яка б існувала у разі, якщо такі права були надані в якості «спеціальних та ексклюзивних» [20]. Оскільки кожен може отримати дозвіл на провадження діяльності, ймовірно, існує конкурентний тиск на тих, хто володіє ліцензіями, що матиме наслідком закупівлю у постачальників на найкращих умовах, у т.ч. цінових, а не на умовах фаворитизму. Якщо вони не будуть закуповувати на комерційній основі – не втримаються на ринку. Таким чином, згідно з позицією Європейської комісії, якщо будь-яке підприємство

має право отримати відповідну ліцензію без обмеження у кількості таких дозволів, спеціальні/ексклюзивні права відсутні. Ще у 1977 р. у справі Європейського суду *Inno v ATAB*, яка безпосередньо не стосувалася видів діяльності, які передбачені сьогодні Директивою у комунальному секторі економіки, суд поставив під сумнів наявність у підприємства спеціальних/ексклюзивних прав, коли можливість стати виробником або імпортером тютюнових виробів відкрита для всіх, «для невизначеного класу підприємств» [21].

Така ж сама позиція викладена у рекомендаціях щодо концепції ексклюзивних та спеціальних прав, яка має застосовуватися у законодавчій базі з питань держзакупівель України, підготовлених в межах проекту, фінансованого ЄС, «Гармонізація системи державних закупівель в Україні зі стандартами ЄС» для Департаменту з державних закупівель Міністерства економічного розвитку і торгівлі України. Згідно з рекомендаціями ризик впливу державного сектора на прийняття рішень про закупівлі присутній тільки в тих випадках, коли підприємство, що отримало таке право, не є прозорим і повністю управляється на розсуд державного сектора [17].

Спеціалістами вищевказаного проекту ЄС узагальнено наступні основні критерії для визначення випадків, коли спеціальне/ексклюзивне право не виникає: 1) відповідна діяльність може здійснюватися будь-яким суб'єктом господарювання, і право спрямоване лише на полегшення такої діяльності, (право зберігання обладнання на шосейних дорогах і навіть право на обов'язкове придбання землі), але з важливою умовою, що такі права де-факто рівні для всіх; 2) право є умовою для здійснення діяльності, але автоматично видається будь-кому, хто бажає його отримати, і є формальністю (більшість випадків ліцензування, наприклад, для різних будівельних робіт, послуг таксі і т.д.); 3) право є умовою для здійснення діяльності, але надається за методикою, яка включає: публічний прийом заявок, який відкритий для всіх зацікавлених підприємств, та надання права ґрунтується на

об'єктивних критеріях і тому залишає мало простору для маневру для компетентного органу. Серед прикладів Проект наводить вибір органами місцевої влади місцевих постачальників транспортних послуг, крім муніципального транспорту (наприклад, автобуси і міні-автобуси для перевезень на коротких і середніх відстанях) за допомогою конкурентної процедури; подібні процедури відбору постачальників деяких комунальних послуг (наприклад, вивіз сміття). З протилежної точки зору, якщо держава чи місцеві органи влади (юридичними або адміністративними актами) надають права на здійснення певних видів діяльності безпосередньо і виключно одному або кільком суб'єктам господарювання, що закриває або істотно обмежує можливості для інших здійснювати таку діяльність – це є наданням спеціальних і ексклюзивних прав. Відповідними прикладами для України є: формальне ліцензування дистриб'юторів і постачальників електроенергії, які мають технічну (природну) монополію, що підтверджується ліцензією; експлуатація телекомунікаційної мережі для послуг загального доступу (приватна природна монополія Укртелеком) [17].

Таким чином, можна зробити висновок, що спеціальні/ексклюзивні права існують у випадку: 1) коли вони обмежені у кількості та; 2) надані не на підставі конкурентних процедур відповідно до об'єктивного критерію, а на підставі будь-якого нормативно-правового акта та/або акта індивідуальної дії органу державної влади або органу місцевого самоврядування та; 3) обмежують здійснення відповідних видів господарської діяльності одним чи кількома підприємствами, що впливає на здатність інших суб'єктів господарювання провадити таку діяльність. Ексклюзивні/спеціальні права не існують, якщо вони: 1) не обмежені у кількості; 2) надані на основі конкурентної процедури відповідно до об'єктивного критерію; 3) не обмежують здатність інших суб'єктів господарювання провадити відповідні види діяльності.

Втім, ні судова практика ЄС, ні Директиви ЄС, а таким же чином і законодавство України

з держзакупівель не вирішують наступну ситуацію, про складність якої наголошується і науковцями [18, с.9], коли підприємство бере участь у конкурсній процедурі за спеціальні/ексклюзивні права на підставі об'єктивного та недискримінаційного критерію, однак таке право у результаті обмежує доступ на ринок іншим підприємствам і обмежує кількість зацікавлених сторін, тобто надається лише в обмеженій кількості. Наприклад, підприємство отримало у концесію певні об'єкти права комунальної власності для здійснення транспортної діяльності, зокрема управління трамвайною системою, і наразі виступатиме протягом 10 років єдиним концесіонером, при цьому він отримав дані об'єкти у концесію на основі відкритої конкурентної процедури.

Крім того, на підставі нового положення у законодавстві України з держзакупівель виникає питання щодо різниці у правовому статусі суб'єкта господарювання приватної форми власності, яке отримало спеціальні або ексклюзивні права шляхом участі у конкурентній процедурі на основі об'єктивного критерію, зокрема шляхом процедури відповідно до Закону України «Про концесії» [22], наприклад отримує у концесію об'єкти права комунальної власності для здійснення діяльності у сфері теплопостачання або водопостачання на 30 років, а також підприємством, якому такі права було надано відповідним органом державної влади або органом місцевого самоврядування в межах повноважень на підставі нормативно-правового акту.

У першому випадку суб'єкт господарювання не має слідувати вимогам законодавства з державних закупівель, а у другому – повинно, оскільки виступає замовником. Деякі науковці та Європейська комісія відзначають, що у першому випадку підприємство не має спеціальних/ексклюзивних прав, оскільки не зважаючи на те, що тільки обмежена кількість суб'єктів господарювання володіють правами, вони є відкритими для всіх, оскільки кожен може позмагатися за них у конкурентній процедурі. І якщо процедура надання таких прав є прозорою, відсутня можливість для

держави впливати на концесіонера [9, с.224]. Більш того, навіть, якщо такі приватні підприємства виграють право на провадження діяльності у межах державно-приватного партнерства, наприклад укладають договір концесії, і фактично стають монополістами, вони не повинні охоплюватися вимогами Директиви у комунальному секторі економіки, оскільки такі суб'єкти господарювання вже були змушені оптимізувати свої закупівлі, щоб представити конкурентоспроможну пропозицію [19, с.6]. Крім того, у п.20 Преамбули Директиви ЄС 2014/25 зазначається, що організація, яка отримує ексклюзивне право надавати послугу в певному географічному районі згідно з процедурою на основі об'єктивних критеріїв, за якими було забезпечено достатню прозорість, не є замовником, якщо вона є приватною організацією, а виступає єдиним суб'єктом господарювання, який може надавати такі послуги у цій місцевості.

Втім, фактично становище підприємств у першому та другому випадках однакове, оскільки в обох випадках суб'єкти господарювання є єдиними підприємствами, які здійснюють відповідну діяльність на певному ринку товарів, робіт і послуг. Тобто, визначальним критерієм під час встановлення, чи підпадає підприємство приватної форми власності під дію законодавства з державних закупівель, виступає тільки порядок набуття спеціальних або ексклюзивних прав.

Однак у першому випадку підприємство як єдиний суб'єкт господарювання, що здійснює певну діяльність, можливо і дійсно не підпадатиме під вплив держави щодо прийняття закупівельних рішень на користь певних виробників, оскільки його було відібрано відповідно до процедури із застосуванням об'єктивного критерію, однак з часом може не дбати про ефективне використання грошей та якість, перекладаючи ці витрати на населення, яке не має іншого джерела отримання послуг. Оскільки суб'єкт господарювання здійснює свою діяльність у сфері обслуговування потреб населення, це потребує певного додатко-

вого тиску на підприємства для попередження ситуацій, коли підприємство ігнорує свій рівень витрат за рахунок споживачів та інших галузей промисловості. Адже, якщо, наприклад у комунальних підприємств, відсутні стимули для утримання своїх цін на рівні або знижувати їх, це може серйозно вплинути на конкурентоспроможність інших галузей промисловості, які, у свою, чергу, змушені підвищувати свої ціни. Внаслідок цього купівельна спроможність населення падає, що завдає шкоди економіці країни в цілому [19, с.8].

Таким чином, на підставі вищенаведених положень можна дійти наступних висновків:

1. Наразі відповідно до нововведень у законодавстві з державних закупівель для визначення того, чи має підприємство спеціальні або ексклюзивні права, а отже, чи виступає воно замовником відповідно до Закону України «Про публічні закупівлі», вирішальну роль грає порядок набуття права здійснювати певний вид діяльності в окремих сферах господарювання.

2. У разі отримання підприємством приватної форми власності на основі процедури відповідно до об'єктивного критерію права на здійснення діяльності в окремих, визначених у Законі України «Про публічні закупівлі», сферах господарювання, однак яке призводить до обмеження провадження певного виду діяльності одним або декількома суб'єктами господарювання, що оцінюється і встановлюється у кожному випадку окремо, пропонується встановити обов'язок такого підприємства під час укладання договорів про закупівлю дотримуватися основних принципів здійснення державних закупівель, встановлених у ст.3 Закону України «Про публічні закупівлі», зокрема добросовісна конкуренція серед учасників, максимальна економія та ефективність, відкритість та прозорість, недискримінація учасників, об'єктивна оцінка пропозицій, запобігання корупційним діям. Це не вимагає від суб'єкта господарювання дотримуватися закупівельних процедур, передбачених Законом України «Про публічні закупівлі», втім це має забезпечувати такий

рівень прозорості, який би дозволяв всім зацікавленим особам, які відповідають певним вимогам, брати участь у закупівлі відповідних товарів, робіт та послуг. Для цього такі суб'єкти господарювання можуть використовувати електронну систему закупівель з метою відбору постачальника товару, надавача послуги та виконавця робіт для укладення договору відповідно до Закону України «Про публічні закупівлі». У разі здійснення закупівель товарів, робіт і послуг без використання електронної системи закупівель, за умови, що вартість предмета закупівлі дорівнює або перевищує 50 тис. гривень (даний поріг може бути збільшено), такі суб'єкти господарювання оприлюднюють звіт про укладені договори в системі електронних закупівель відповідно до Закону України «Про публічні закупівлі», що відповідатиме зобов'язанням України перед ЄС у сфері державних закупівель щодо дотримання принципу прозорості під час здійснення закупівель, які не охоплюються Директивами ЄС.

ЛІТЕРАТУРА

1. Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським союзом і його державами-членами, з іншої сторони // Офіційний вісник України. – 2014. – № 75. – Ст. 2125.
2. Муравйов В. Гармонізація законодавства України з правом Європейського Союзу в рамках Угоди про асоціацію між Україною та ЄС / В. Муравйов, Н. Мушак // Віче. – 2013. – № 8. – С. 12–18.
3. Stewart S. Public Procurement Reform in Ukraine: the Implications of Neopatrimonialism for External Actors / S. Stewart // *Demokratizatsiya: The Journal of Post-Soviet Democratization*. – 2013. – Vol. 21. – № 2. – P. 197–214.
4. Горбатюк Я. В. Шляхи імплементації Угоди про асоціацію між Україною та ЄС в законодавство про державні закупівлі / Я. В. Горбатюк // *Правова реформа в сучасних умовах: досягнення і перспективи* : матеріали VI міжнар. наук.-практ. конф. (Київ,

26 лютого 2016 р.) ; Національний авіаційний університет. – Тернопіль : Вектор, 2016. – С. 263–265

5. Олефір А. О. Правозастосовні проблеми публічних закупівель як механізму інвестування / А. О. Олефір // Теорія і практика правознавства. – 2016. – Вип. 1 (9) [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://tlaw.nlu.edu.ua/article/view/64237>.

6. Закон України «Про особливості здійснення закупівель в окремих сферах господарської діяльності» : від 24.05.2012 р., № 4851–VI (втратив чинність) // ВВР України. – 2013. – № 17. – Ст. 148.

7. Закон України «Про публічні закупівлі» : від 25.12.2015 р., № 922–VIII // ВВР України. – 2016. – № 9. – Ст. 89.

8. On the modernisation of EU public procurement policy towards a more efficient European Procurement Market: Green Paper / European Commission COM (2011) 15 final [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/20110127_COM_en.pdf.

9. Arrowsmith S. EU Public Procurement: an Introduction / Arrowsmith S. // EU Asia Inter University Network for Teaching and Research in Public Procurement Regulation, Nottingham University [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf>.

10. Directive coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and telecommunications sector: Council Directive 93/38/EEC of 14 June 1993 // OJ. – L199. – 1993. – PP. 84–138.

11. Закон України «Про внесення змін до деяких законів України у сфері державних закупівель щодо приведення їх у відповідність із міжнародними стандартами та вжиттям заходів з подолання корупції» : від 15.09.2015 р., № 679–VIII // Офіційний вісник України. – 2015. – № 78. – Ст. 2591.

12. Розпорядження Кабінету Міністрів України «Про стратегію реформування сис-

теми публічних закупівель («дорожню карту»)» : від 24.02.2016 р., № 175-р // Офіційний вісник України. – 2016. – № 23. – Ст. 920.

13. The Queen v Secretary of State for Trade and Industry, Ex parte: British Telecommunications plc (Case C-302/94) : Judgment of the Court of 12 December 1996 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61994CJ0302>.

14. On coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors: Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 // OJ. – L 134. – 2004. – PP. 1–113.

15. Explanatory note - Utilities Directive. Definition of exclusive or special rights [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/explan-notes/utilities-dir-rights_en.pdf.

16. On procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors and repealing Directive 2004/17/EC : Directive 2014/25/EU of the European Parliament and of the Council of 26 February 2014 // OJ L 94. – 28/03/2014. – PP. 243–374.

17. Щодо концепції «спеціальних та ексклюзивних» прав, що має застосовуватись у законодавчій базі з питань держзакупівель : Рекомендація № 13 // Проект «Гармонізація системи державних закупівель в Україні зі стандартами ЄС». – 2014. – 10 с.

18. Bovis C. Reforming the public sector in the EU: the new public procurement regime / C. Bovis // Amicus Curiae. – 2005. – Issue 60. – PP. 4–11.

19. Сундстранд А. Закупки в коммунальном хозяйстве / Андреа Сундстранд // Право на этапе перехода (ЕБПР). – 2010. – октябрь. – С. 1–9.

20. Phillips S. Modernisation of the EU Public Procurement Rules - What Next for the Water Sector / Sarah L. Phillips, Stephen C. Tupper [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=fc751580-ddfd-430d-a218-2b70af51e66f>.

21. SA G.B.-INNO-B.M. v Association des détaillants en tabac (ATAB) (Case 13-77) : Judgment of the Court of 16 November 1977 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/>

TXT/?uri=CELEX%3A61977CJ0013.

22. Закон України «Про концесії» : від 16.07.1999 р., № 997–XIV // ВВР України. – 1999. – № 41. – Ст. 372.

Джабраїлов Р. А. Гармонізація законодавства з державних закупівель в Україні зі стандартами ЄС: концепція спеціальних та ексклюзивних прав / Р. А. Джабраїлов, В. К. Малолітнева // Форум права. – 2016. – № 2. – С. 83–92 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/FP_index.htm_2016_2_14.pdf

Встановлено сутність поняття спеціальних та ексклюзивних прав у сфері державних закупівель. У контексті реалізації положень Угоди про асоціацію України з ЄС проаналізовано особливості правового регулювання відносин, які складаються під час здійснення закупівель в окремих сферах господарської діяльності суб'єктами господарювання приватної форми власності, які не є замовниками у класичному розумінні, однак мають спеціальні та ексклюзивні права. Обґрунтовано необхідність закріплення мінімальних вимог та обов'язків для суб'єктів господарювання приватної форми власності, які отримали право здійснювати діяльність в окремих сферах господарювання за відповідною процедурою на підставі об'єктивного критерію, втім це призвело до обмеження провадження певного виду діяльності одним або декількома суб'єктами господарювання.

Джабраїлов Р.А., Малолітнева В.К. Гармонизация законодательства по государственным закупкам в Украине со стандартами ЕС: концепция специальных и эксклюзивных прав

Установлена сущность понятия специальных и эксклюзивных прав в сфере государственных закупок. В контексте реализации положений Соглашения об ассоциации Украины с ЕС проанализированы особенности правового регулирования отношений, которые складываются при осуществлении закупок в отдельных сферах хозяйственной деятельности субъектами хозяйствования частной формы собственности, которые не являются заказчиками в классическом понимании, но имеют специальные и эксклюзивные права. Обоснована необходимость установления минимальных требований и обязанностей субъектов хозяйствования частной формы собственности, которые получили право осуществлять деятельность в отдельных сферах хозяйствования по соответствующей процедуре на основании объективного критерия, однако это привело к ограничению осуществления определенного вида деятельности одним или несколькими субъектами хозяйствования.

Dzhabrailov R., Malolitneva V. Harmonization of Public Procurement System of Ukraine with the EU Standards: the Concept of Special and Exclusive Rights

The present article dwells upon the concept of special and exclusive rights in the sphere of public procurement. In the context of the EU-Ukraine Association Agreement implementation the present paper involves a profound analysis of peculiarities of the EU legal framework for public undertakings which fall within the scope of public procurement legislation because they carry on the activities in utilities sector on the basis of exclusive or special rights. The author suggests that there is a need to establish basic obligations for private undertakings when they obtained the right to carry on one of the activities referred to in the utilities sector according to the procedure on the basis of objective criteria, but this right substantially affected the ability of other undertakings to carry out such activity.