

ГОСПОДАРСЬКЕ ПРАВО



Малолітнева Веста Костянтинівна,
кандидат юридичних наук, учений секретар,
Інститут економіко-правових
досліджень НАН України, Україна, м. Київ
e-mail: vestamalolitneva@gmail.com
ORCID 0000-0001-9678-1750



Ліллемяє Олена Едуардівна,
кандидат юридичних наук,
головний спеціаліст Департаменту моніторингу
і контролю державної допомоги,
Антимонопольний комітет України,
молодший науковий співробітник,
Інститут економіко-правових
досліджень НАН України, Україна, м. Київ
e-mail: lillemiae@gmail.com
ORCID 0000-0003-4899-107X

doi: 10.21564/2414–990x.144.154611
УДК 346.546

ГОРИЗОНТАЛЬНІ ЦІЛІ У ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЛЯХ ЯК ДОДАТКОВА ПІДСТАВА ДЛЯ ОЦІНКИ НА ВІДПОВІДНІСТЬ ПРАВИЛАМ ДЕРЖАВНОЇ ДОПОМОГИ

Розглянуто проблеми реалізації горизонтальних цілей у публічних закупівлях, зокрема у сфері охорони навколишнього середовища та соціального захисту, у контексті правил про державну допомогу. Детально досліджено питання застосування «тесту покупця на ринкових умовах» для визначення наявності або відсутності невиправданої економічної переваги у закупівлях із горизонтальними цілями, які часто призводять до здорожчання закупівлі. Проведено детальний аналіз досвіду Європейського союзу (ЄС), практики Суду ЄС у визначенні співвідношення публічних

закупівель та державної допомоги, і вирішенні питань, чи становлять публічні закупівлі із горизонтальними цілями державну допомогу, яка є недопустимою для конкуренції. Розроблено конкретні пропозиції та рекомендації для проведення аналізу та визначення замовниками, а також Антимонопоольним комітетом України, чи становить закупівля із горизонтальними цілями державну допомогу, яка може спотворювати або загрожувати спотворенням економічної конкуренції.

Ключові слова: економічна конкуренція; публічні закупівлі; державна допомога; горизонтальні цілі; економічна перевага; Угода про асоціацію з ЄС.

Малолетнева В. К., кандидат юридических наук, учений секретарь, Інститут економіко-правових досліджень НАН України, Україна, г. Київ.

e-mail : vestamalolitneva@gmail.com ; ORCID 0000-0001-9678-1750

Лиллемяэ Е. Э., кандидат юридических наук, главный специалист Департамента мониторинга и контроля государственной помощи, Антимонопольный комитет Украины, младший научный сотрудник, Інститут економіко-правових досліджень НАН України, Україна, г. Київ.

e-mail : lillemiae@gmail.com ; ORCID 0000-0003-4899-107X

Горизонтальные цели в публичных закупках как дополнительное основание для оценки на соответствие правилам государственной помощи

Статья посвящена проблемам реализации горизонтальных целей в публичных закупках, в частности в сфере охраны окружающей среды и социальной защиты, в контексте правил о государственной помощи. Подробно исследованы проблемы применения «теста покупателя на рыночных условиях» для определения наличия или отсутствия неоправданного экономического преимущества в закупках с горизонтальными целями, которые часто приводят к подорожанию закупки. Проведен детальный анализ опыта Европейского союза (ЕС), практики Суда ЕС в определении соотношения публичных закупок и государственной помощи, и решения вопросов, представляют ли публичные закупки с горизонтальными целями государственную помощь, которая является недопустимой для конкуренции. Разработаны конкретные предложения и рекомендации для проведения анализа и определения заказчиками, а также Антимонопольным комитетом Украины, представляет ли закупка с горизонтальными целями государственную помощь, которая может искажать или угрожать искажением экономической конкуренции.

Ключевые слова: экономическая конкуренция; публичные закупки; государственная помощь; горизонтальные цели; экономическое преимущество; Соглашение об ассоциации с ЕС.

Вступ. Останнім часом усе більше країн світу використовують публічні закупівлі стратегічно як засіб реалізації цілей за різними напрямками державної політики, наприклад з охорони навколишнього середовища. Такі цілі у публічних закупівлях називають «горизонтальними» [1, с. 150], оскільки вони реалізуються паралельно з основною метою закупівель – придбання товарів, робіт та послуг на найкращих умовах, що в основному передбачає закупівлю товарів, робіт та послуг найвищої якості за найменшу ціну. Для України стратегічне використання публічних закупівель не є новим явищем, коли під час закупівель реалізовувалась політика з підтримки вітчизняних товаровиробників. Наразі в умовах обмеженості державних коштів публічні закупівлі використовуються переважно як засіб забезпечення ефективного використання таких коштів. Утім, з огляду на виконання вимог Угоди про асоціацію з ЄС та викликів, що постають зараз перед кожною країною світу, зокрема необхідності захисту навколишнього середовища та підвищення соціальних стандартів, стратегічне

використання закупівель набуває нового значення. Так, згідно з «дорожньою картою» реформування публічних закупівель Україна взяла на себе зобов'язання з адаптації законодавства до вимог ЄС у сфері закупівель, що передбачатиме також і поступове запровадження, наприклад, «зелених» та соціально відповідальних закупівель, що матиме наслідком застосування горизонтальних цілей у закупівлях із соціального захисту та захисту навколишнього середовища [2]. При цьому стратегічне використання публічних закупівель потребуватиме зваженого підходу, оскільки у деяких випадках такі закупівлі можуть становити державну допомогу, яка за загальним правилом є недопустимою для конкуренції.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. У ЄС питання співвідношення державної допомоги та публічних закупівель, а також реалізації горизонтальних цілей у закупівлях відповідно до правил про державну допомогу виступають предметом як широкої наукової дискусії, так і практичної діяльності [3; 4, с. 207–249; 5]. В Україні це питання наразі не виступає предметом наукових досліджень.

Мета і завдання дослідження. Враховуючи глобальні процеси зі сталого розвитку, до яких приєдналась Україна, а також зобов'язання, які взяла на себе наша держава відповідно до вимог Угоди про асоціацію з ЄС, стратегічне використання публічних закупівель зростатиме, що потребує детального дослідження та розробки пропозицій з метою попередження випадків надання під час здійснення таких закупівель державної допомоги, яка може бути недопустимою для конкуренції. У ЄС здійснення публічних закупівель має відповідати основним принципам Договору про функціонування ЄС (далі – ДФЕС) та Директив ЄС у сфері публічних закупівель. Дані Директиви прямо не визначають правила, які б попереджували можливість надання державної допомоги, яка може бути недопустимою для конкуренції, під час закупівель. Однак це не означає, що замовники звільняються від обов'язку запобігання отримання економічної вигоди, яка, як наслідок, може спотворювати або загрожувати спотворенням економічної конкуренції, під час здійснення закупівель. Поки що у жодній справі, яка розглядалась Судом ЄС, не визначено, чи становить реалізація горизонтальної політики шляхом проведення публічних закупівель державну допомогу. У цьому контексті важливо встановити, як правила про державну допомогу можуть впливати на реалізацію горизонтальних цілей у публічних закупівлях? Чи не вважатиметься надання замовником опосередкованої економічної переваги переможцю закупівлі, якщо укладається договір на основі горизонтального критерію? Вказане визначає мету та обумовлює актуальність проведення даного дослідження.

Виклад основного матеріалу. У ЄС правила з публічних закупівель та державної допомоги мають одну спільну мету – попередити порушення відповідними органами влади конкуренції на внутрішньому ринку. І хоча концепція конкуренції займає центральне місце як серед правил з публічних закупівель, так і правил про державну допомогу, вона створює різні зобов'язання у межах

правил про публічні закупівлі та державну допомогу. Так, концепція конкуренції відповідно до правил із закупівель передбачає створення конкуренції між учасниками шляхом забезпечення рівного доступу для участі у закупівлі. Таким чином, концепція конкуренції у цьому аспекті має за мету підвищити кількість потенційних учасників, тобто створити більшу конкуренцію за можливість стати переможцем закупівлі. Правила з публічних закупівель забороняють надавати дискримінаційні права та привілеї у формі договорів про закупівлю. Згідно з преамбулою Закону України «Про публічні закупівлі» одна з цілей даного Закону передбачає створення конкурентного середовища у сфері публічних закупівель.

У свою чергу концепція конкуренції відповідно до правил про державну допомогу спрямована на захист або збереження вже існуючої конкуренції на ринку, таким чином маючи за мету забезпечити, щоб конкуренція між учасниками ринку не була порушена шляхом надання переваг. Правила з державної допомоги забороняють дискримінаційне надання державних ресурсів. Преамбула Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» визначає, що Закон спрямований на забезпечення захисту та розвитку конкуренції. Хоча дані цілі можна вважати взаємовиключними, державна допомога та публічні закупівлі можуть співпадати.

Необхідно зазначити, що за загальним правилом державна допомога суб'єктам господарювання є недопустимою для конкуренції. Для того, щоб захід взагалі було визнано державною допомогою, необхідне кумулятивне виконання декількох критеріїв:

- підтримка надається суб'єкту господарювання;
- фінансування державної підтримки здійснюється за рахунок ресурсів держави чи місцевих ресурсів;
- підтримка створює переваги для виробництва окремих видів товарів чи провадження окремих видів господарської діяльності;
- підтримка спотворює або загрожує спотворенням економічної конкуренції.

Однак державна допомога може бути визнана допустимою для конкуренції, наприклад, у разі її надання для горизонтальних цілей, які досягаються у тому числі шляхом проведення процедури публічних закупівель.

У практиці Європейської комісії та науковій літературі існує позиція, що дотримання правил з публічних закупівель, встановлених у Директивах ЄС з публічних закупівель, презюмує відповідність таких закупівель правилам з державної допомоги [6; 7]. Дотримання процедур з публічних закупівель запобігає наданню економічної переваги і, таким чином, забезпечує, що публічні закупівлі не становлять державну допомогу. Навіть якщо неможливо уникнути державної допомоги, закупівельні процедури обмежують розмір допомоги, що робить допомогу пропорційною, а отже, й сумісною з внутрішнім ринком [8]. Утім, ситуація змінюється, якщо учасник все ж таки отримує під час закупівель невиправдану економічну вигоду. Часто вважається, що використання горизонтального критерію удорожчує закупівлю, тому замовник сплачує більшу суму, тобто більшу, ніж він мав платити без використання горизонтального критерію.

Таке удорожчання пояснюється тим, що крім ціни за самі товари, роботи та послуги, які необхідні замовнику для виконання його функцій, він додатково сплачує за реалізацію певних цілей, які безпосередньо не пов'язані з його функціональними обов'язками, наприклад, охорони навколишнього середовища, адже, наприклад, «зелені» товари часто є дорожчими за товари такого ж функціонального призначення, але без обмеженого впливу на довкілля. І для того, щоб визначити наявність або відсутність невинуватеної економічної переваги, а отже, надання державної допомоги у публічних закупівлях із горизонтальним критерієм, можна застосувати «тест покупця на ринкових умовах».

Правила з державної допомоги певною мірою ідентифікують державу як інвестора або кредитора, а у межах публічних закупівель держава розглядається як покупець товарів, робіт та послуг [9]. Але у обох випадках держава може пройти тест «принцип інвестора/кредитора/покупця, який діє в умовах ринкової економіки», тобто він має діяти як суб'єкт господарювання, який очікує на прибуток, або як приватний покупець, який шукає найкраще співвідношення ціни та якості. Цей тест застосовується для визначення, чи була отримана економічна перевага, яка не була б одержана ним за «нормальних ринкових умов». Тобто, якщо розсудливий приватний інвестор вніс би інвестиції, то можна вважати, що такий же захід з боку країни-члена ЄС не становить державну допомогу. Такий тест застосовувався для оцінки, наприклад, приватизації державних підприємств, згідно з яким у разі якщо розсудливий приватний продавець вважав би прийнятною ціну, за яку державне майно продається, то такий захід не вважається державною допомогою. Таким же чином у публічних закупівлях закупівля не становить державну допомогу, якщо розсудливий приватний покупець купив би відповідні товари, роботи та послуги за таких же умов. Якщо відповідь негативна, оскільки приватний покупець вважав би для себе таку ціну високою, закупівля може вважатися такою, що надає надмірну компенсацію учаснику і може охоплюватись правилами державної допомоги. Взагалі приватний інвестор навряд чи передбачає досягнення горизонтальних цілей, виходячи з того, що останні за визначенням мають неекономічну природу.

Отже, можна припустити, що горизонтальний критерій не відображає дійсну ринкову вартість товарів чи послуг. І оскільки вважається, що включення горизонтального критерію удорожчує закупівлю, такий інвестор навряд чи буде готовий заплатити додаткову вартість за нього. Таким чином, укладення договору про закупівлю на основі неекономічного (горизонтального) критерію передбачатиме економічну перевагу учаснику, коли інша пропозиція, яка ґрунтується не на горизонтальному критерії, була більш економічно вигідною. Як наслідок, економічна перевага – це різниця між ціною для задоволення горизонтального критерію та ціною учасника, якого не було обрано через невідповідність такому горизонтальному критерію, однак якого обрав би приватний покупець. Тобто це фактично передбачає, що держава платить суб'єкту господарювання за те, що він відповідає тій політиці, яку держава проводить, наприклад, у сфері охорони навколишнього середовища.

Наслідки застосування такого тесту будуть несприятливими для реалізації горизонтальних цілей через закупівлі. Як і у ЄС, в Україні існує система контролю і моніторингу надання державної допомоги. Якщо закупівля та використання горизонтальних критеріїв будуть мати ознаки державної допомоги, замовники, які виявлять бажання здійснити таку закупівлю, повинні будуть подати повідомлення до Уповноваженого органу з питань державної допомоги (Антимонопольного комітету України) до моменту її здійснення, адже допомога може бути визнана недопустимою для конкуренції і як, наслідок, визнана незаконною. Однак в той же час замовники мають право самі проводити *ex ante* аналіз на наявність ознак, яким має відповідати державна допомога, і не подавати повідомлення до Антимонопольного комітету України. Це призводить до ситуації, що горизонтальний критерій не може братися до уваги навіть у тих випадках, коли замовник дотримується всіх правил із закупівель, адже включення горизонтального критерію до закупівлі призводить до їх удорожчання, що може розглядатися як надання економічної переваги.

У такому разі визначення валового еквівалента гранту (далі – ВЕГ) є принципово важливим моментом. Термін ВЕГ описує у грошовому еквіваленті економічну перевагу, яка підприємству фактично приносить користь, простіше кажучи – це фактичний розмір суми державної допомоги, яку суб'єкт господарювання отримує. ВЕГ також називають як «цінність (значення) допомоги» [10, с. 6]. Отже, сумою допомоги у випадку удорожчання закупівлі буде різниця між ринковою вартістю закупівлі та тією, що сформувалася з урахуванням горизонтальних критеріїв.

Важливо зазначити, що державна допомога може існувати у разі удорожчання закупівлі, яке обов'язково повинно спричинити надання економічної переваги підприємству, де існує або може існувати конкуренція. Тобто коли така перевага може покращити конкурентну позицію одержувача в порівнянні з іншими суб'єктами господарювання, з якими він конкурує на ринку. Це може бути і у разі, коли національний закон певної держави на ринку, де конкуренція є обмеженою, дозволяє використовувати розрахунок ціни на підставі собівартості, а не ринкової процедури щодо товару, послуги. Наприклад, відповідно до законодавства Німеччини щодо публічного ціноутворення встановлення ринкової ціни вимагає існування фактичної конкуренції. Там, де конкуренція відсутня або є обмеженою, ціна формується на підставі собівартості і може відрізнитися від такої, яка встановлена шляхом конкурентної, прозорої, недискримінаційної та безумовної процедури тендеру, і тому цілком ймовірним є невідповідність ціни звичайним ринковим умовам у розумінні норм ЄС, незважаючи на її потенційну відповідність національному законодавству про публічне ціноутворення [11, с. 271].

Такі ситуації можуть провокувати отримання опосередкованої економічної переваги, яка може впливати на конкурентне середовище, зокрема, навіть у разі обмеженої конкуренції на ринку. Але оскільки за європейськими нормами формування ринкової ціни закупівлі все ж таки має відбуватися шляхом конкурент-

ної, недискримінаційної та безумовної процедури тендеру, економічна перевага у такому випадку має бути відсутня.

Утім, чи завжди приватний інвестор або покупець керується лише економічними міркуваннями? У сучасному житті зі зростанням зовнішніх викликів, таких як, наприклад, забруднення навколишнього середовища, можна припустити, що приватний покупець готовий заплатити більшу ціну за більш екологічно чисті товари, або навіть із моральних міркувань відмовитись від товарів з певних країн, бойкотуючи їх. Крім того, практикою Суду ЄС визнано, що для проходження такого тесту необхідно порівнювати державний захід лише з поведінкою інвестора, який має довготривалі цілі і навіть готовий понести задля цього короткострокові втрати. Оскільки горизонтальні політики, як правило, переслідують саме довгострокові цілі [12; 13], це може бути одним із аргументів виключення публічних закупівель із горизонтальними критеріями з-під дії правил державної допомоги, однак, звичайно, це є недостатнім. З іншого боку, для оцінки наявності державної допомоги також важливо, щоб довгострокові цілі приносили і певну індивідуальну вигоду для нього. А реалізація горизонтальних цілей часто передбачає задоволення саме загальних інтересів суспільства або окремих його груп, а не індивідуальних інтересів замовника. Взагалі, країни-члени ЄС мають право, а в деяких випадках зобов'язані, реалізовувати неекономічні цілі за допомогою публічних закупівель. Так, наприклад, встановлено обов'язок державних замовників під час укладення договорів з публічних закупівель дорожнього транспорту брати до уваги рівень споживання енергії, викидів CO₂ та інших забруднюючих речовин. Таке зобов'язання закріплено у Директиві 2009/33/ЄС з підтримки чистого та енергоефективного дорожнього транспорту. Це говорить про те, що закупівля автоматично не може вважатися державною допомогою лише тому що, вона була здійснена з використанням горизонтального критерію. У іншому разі замовник тоді ніколи не зможе придбати, приміром, машину з низьким рівнем споживання палива з метою захисту навколишнього середовища, бо автоматично буде ставити учасника з машиною, у якої більший рівень споживання палива, у невігідне становище.

Важливо зазначити, що лише підтримка, яка призводить до створення переваг, що ставить отримувача у більш вигідне становище у порівнянні з іншими учасниками, становить державну допомогу. Однак це може стосуватися ситуацій, коли є переплата (завищена ціна) за товари та послуги, які закуповуються, тобто коли рівновага між ціною та товаром порушена. Оскільки збільшення ціни через застосування горизонтального критерію обумовлено, як правило, більшими виробничими витратами, то це навряд чи можна вважати переплатою. У цьому випадку більша ціна лише відображає специфічні ознаки товару, що закуповується. Тобто питання має ставитись не про те, чи приватний покупець, який не переслідує горизонтальні цілі, однак бере до уваги лише економічні критерії, придбав би товари та послуги за таку ж саму ціну. А про те, чи приватний покупець, який намагається реалізувати горизонтальну політику, заплатив би таку ж саму ціну [14].

Важливо зазначити, що якщо укладення договору про закупівлю на основі горизонтального критерію буде результатом вільної конкуренції та критерій буде застосовуватись на недискримінаційній основі, дана закупівля не буде вважатися державною допомогою. Наприклад, у справі Суду ЄС *London Underground* зазначено, що коли угода про інфраструктуру укладена з дотриманням відкритої, прозорої і недискримінаційної процедури, тоді даний проект можна розглядати як той, що представляє ринкову ціну за його виконання, і таким чином не передбачає наявності державної допомоги [7]. Практика Суду ЄС дозволяє використання горизонтальних критеріїв у публічних закупівлях. Наприклад, Суд ЄС у справі *Concordia Bus* [15] дозволив включати екологічні вимоги до критерію оцінки пропозиції навіть за умови, що він не має прямої економічної вигоди для замовника. При цьому Суд встановив умови, за яких такий критерій може застосовуватись. По-перше, критерій має відповідати загальним принципам рівного ставлення та прозорості, по-друге, замовник має чітко зазначити про цей критерій у повідомленні про закупівлю та у всій закупівельній документації, щоб учасники заздалегідь були проінформовані про особливі вимоги. Одна із найбільш важливих умов, за яких горизонтальний критерій може застосовуватись, полягає у тому, що він має бути пов'язаний із предметом договору про закупівлю. Отже, при використанні горизонтальних критеріїв замовник має дотримуватися низки умов, здатних убезпечити від виникнення ознак, за яких такий захід може бути визнано державною допомогою.

У цьому контексті важливо зазначити, що для встановлення того, чи становить публічна закупівля з горизонтальними критеріями державну допомогу, слід вказати на наявність такої ознаки, як пов'язаність таких критеріїв або вимог із предметом договору про закупівлю. Питання розмежування вимог у публічних закупівлях, які пов'язані чи виходять за межі предмета договору про закупівлю, не є предметом цього дослідження. Втім, слід коротко зазначити, що, як правило, вимоги, які пов'язані з предметом договору про закупівлю, впливають або можуть відобразитися на споживчих якостях та характеристиках предмета закупівлі. Якщо ж вимоги не стосуються виконання самого договору про закупівлю, а наприклад, загальної діяльності суб'єкта господарювання в цілому, зокрема загального рівня забруднюючих речовин підприємства, вони не є пов'язаними із предметом договору про закупівлю.

Деякі автори не проводять розмежування, виходить вимога за межі предмета договору про закупівлю чи ні, оскільки, якщо застосовувати тест приватного інвестора, тобто яку суму приватний інвестор заплатить за товари та послуги разом з горизонтальним критерієм, тоді вже немає необхідності проводити таке розмежування, позаяк один і той же тест буде застосовуватись у обох випадках [14]. Однак все ж таки такий поділ може мати вплив на визначення закупівель із горизонтальними критеріями як державну допомогу. Виходячи із проведеного аналізу, у разі якщо вимоги у закупівлі, наприклад, щодо захисту навколишнього середовища, не виходять за межі предмета договору про закупівлю,

тобто коли замовник діє як закупівельник, і предмет закупівлі придбається на основі ринкової ціни, така закупівля не становить державної допомоги.

Вихід за межі предмета договору про закупівлю може відіграти значну роль у контексті оцінки заходу на наявність ознак державної допомоги. Горизонтальні критерії, які не пов'язані з предметом договору про закупівлю, мають більший вплив на торгівлю, оскільки можуть вплинути на всю діяльність суб'єкта господарювання, і таким чином вплинути на рішення щодо участі у закупівлі, що може призводити до зменшення кількості потенційних учасників. Як правило, під час застосування таких критеріїв замовник вже діє не як закупівельник, а як державний регулятор, тобто застосовуючи публічні закупівлі як засіб державного регулювання, а не лише як механізм, який забезпечує придбання необхідних товарів, робіт та послуг на найкращих умовах. Саме публічні закупівлі з горизонтальними критеріями, які виходять за межі предмета договору про закупівлю, можуть становити державну допомогу, оскільки можуть призводити до спотворення конкуренції, як це було у справі Суду ЄС EVN. У цій справі критеріями оцінки пропозиції учасників виступали ціна та обсяги електроенергії (більше 22,5 ГВт кожного року), які учасник зможе поставляти з відновлювальних джерел енергії. 22,5 ГВт є обсягом електроенергії, який за оцінками буде потрібен за договором про закупівлю. Переможцем мав стати той учасник, який би міг поставляти з відновлювальних джерел більше електроенергії, ніж була необхідна для договору, тобто більше ніж 22,5 ГВт. Суд ЄС зазначив, що встановлення такого критерію, який стосується обсягів електроенергії, які учасник спроможний постачати взагалі (і для інших клієнтів у тому числі), а не обсягів, які учасник зможе постачати спеціально для замовника, який закуповує електроенергію, є неправомірним. Такий критерій згідно з позицією Суду ЄС спрямований просто на підвищення загального рівня енергозабезпечення із використанням відновлювальних джерел на ринку, а не на те, як учасник виконає договір про закупівлю. Такий критерій може призвести до дискримінації тих учасників, які відповідають всім вимогам, що пов'язані із виконанням договору, втім, не зможуть конкурувати з підприємствами, які внаслідок наявних більших виробничих та постачальницьких можливостей, можуть поставити більші обсяги електроенергії, ніж інші [16].

Установлюючи вимоги, спрямовані просто на підвищення загального рівня енергозабезпечення із використанням відновлювальних джерел на ринку, а не на те, як учасник виконає договір про закупівлю, замовник виступає вже не як закупівельник, а вже як регулятор. У цьому контексті постає питання щодо доцільності застосування до замовника як до регулятора тесту «покупця на ринкових умовах». Адже встановити у цьому разі, що замовник діяв таким же чином, як і звичайний покупець, що керується тільки комерційними міркуваннями, є складним завданням, що призводить до труднощів виключення наявності державної допомоги лише на основі «тесту покупця на ринкових умовах».

Таким чином, якщо закупівля з горизонтальним критерієм здійснюється із дотриманням закупівельних процедур і горизонтальний критерій не виходить

за межі предмета закупівлі, це дає підстави стверджувати про відсутність державної допомоги, навіть якщо ціна такої закупівлі є вищою за «традиційні» закупівлі без використання горизонтального критерію, адже більша ціна лише відображає специфічні ознаки товару, що закуповується. Тобто замовник не повинен повідомляти про таку закупівлю до Уповноваженого органу з питань державної допомоги. А у разі виходу горизонтального критерію за межі предмета закупівлі, навіть за умов здійснення закупівельних процедур, такі закупівлі разом із нормами публічних закупівель мають обов'язково відповідати вимогам правил про державну допомогу. Це положення підтверджується і практикою Суду ЄС. Так, у справі Суду *Beentjes*, у якій зазначено, що свобода країни-членів ЄС обмежена у виборі критеріїв оцінки пропозиції, які безпосередньо не відносяться до договору про закупівлю, наголошуючи, що вибір обмежено критерієм визначення пропозиції, яка є найбільш економічно вигідною (це стосувалось конкретних меж справи). Суд також указав, що укладення договору про закупівлю на основі інших критеріїв оцінки пропозиції, ніж тих, які визначені у Директивах ЄС про закупівлі, має відповідати вимогам ст. 107 ДФЄС. Суд, установлюючи зв'язок між правилами про публічні закупівлі та державну допомогу, зазначає, що застосування таких критеріїв оцінки пропозиції можливе лише як виняток і повинно відповідати правилам про державну допомогу. Таким чином, у разі виходу горизонтальних вимог у публічних закупівлях за межі предмета договору про закупівлю, замовники повинні оцінювати таку закупівлю на відповідність правилам про державну допомогу.

Крім того, досліджуючи можливість реалізації горизонтальних цілей у публічних закупівлях, може постати наступне питання. Так, державна допомога може бути визнана допустимою для конкуренції у випадках її надання для горизонтальних цілей, які також досягаються і через публічні закупівлі, наприклад, сприяння соціально-економічному розвитку регіонів, рівень життя в яких є низьким або рівень безробіття є високим. Відповідно до Стратегії ЄС «Європа 2020» і публічні закупівлі, і державна допомога визнаються засобами досягнення цілей, установлених у Стратегії, наприклад, розвитку інноваційної та «зеленої» економіки. Згідно з частиною другою статті 6 Закону України «Про державну допомогу суб'єктам господарювання» Кабінет Міністрів України визначає критерії оцінки допустимості окремих категорій державної допомоги, що надається для цілей, передбачених частиною першою цієї статті, зокрема, таких категорій як допомога та захист навколишнього природного середовища, підтримка середнього та малого підприємництва тощо. Постає питання, якщо досягнення таких цілей дозволено у межах правил про державну допомогу, чому воно не може бути дозволеним у межах правил про публічні закупівлі? Оскільки практичні напрацювання в Україні з цього питання наразі відсутні, для ґрунтовного вивчення даного аспекту необхідно звернутись до досвіду та нормативно-правових актів ЄС, згідно з вимогами яких Україна має адаптувати національне законодавство.

Наприклад, для публічних закупівель Суд ЄС відхилив регіональний розвиток як мету для виправдання перешкоди торгівлі, навіть з урахуванням того, що політика з розвитку регіонів може мати важливі соціальні цілі. Дане питання було розглянуто у справі *Du Pont de Nemours* [17], яка полягала у тому, що італійський замовник у сфері охорони здоров'я зарезервував 30 % необхідних йому товарів, зокрема радіологічну плівку та спеціальну рідину, для учасників зі збіднілого регіону Південної Італії. Це рішення було прийнято відповідно до закону Італії, згідно з яким італійські замовники мали резервувати 30 % своїх товарів, які закуповуються, для суб'єктів господарювання, що були засновані та мали постійне місце знаходження у Південній Італії, і пропонували товари, які хоча б частково були вироблені у цьому регіоні. Розвиток бідніших регіонів виступає метою ЄС, яка має бути досягнута через допомогу країн-членів у певних випадках, навіть за умови, що державна допомога взагалі є недопустимою для конкуренції. Норми ДФЄС, зокрема ст. 107, дозволяють Європейській Комісії надавати згоду на надання допомоги, яка спрямована на підтримку економічного розвитку територій, де рівень життя є надзвичайно низьким, або де існує високий рівень безробіття, навіть якщо вона впливає на внутрішній ринок. У цьому разі переваги від зменшення регіональних нерівностей переважають над торговельними інтересами, але у справі *Du Pont de Nemours* Суд ЄС зазначив, що закупівлі, які перешкоджають торгівлі, не можуть бути виправдані. Суд визнав такі заходи перешкодою для торгівлі, оскільки товари, які походять з інших країн-членів, попадають під дискримінацію, незалежно від того факту, що вищезазначені вимоги охоплювали також й італійську продукцію з інших регіонів. Згідно з позицією Італії такі заходи виходять за протекціоністські цілі і спрямовані на зменшення «соціального та економічного» дисбалансу регіону, таким чином така мета буде співпадати з метою ЄС – допомоги регіону з надзвичайно низьким рівнем життя відповідно до ст. 107 ДФЄС (раніше ст. 87 Договору про заснування ЄС). Однак Суд відхилив цей аргумент стверджуючи, що загальні інтереси не можуть виступати підставою для застосування заходів, що призводять до прямої дискримінації, а отже, перешкоджають торгівлі.

Хоча у справі *PreussenElektra* [18] Суд зайняв іншу позицію і дозволив застосування таких заходів, виходячи із необхідності захисту навколишнього середовища. Однак є невирішеним питання у разі саме заходів, які призводять до непрямой дискримінації (тобто різне ставлення до суб'єктів господарювання в однакових ситуаціях) і перешкоджають торгівлі, наприклад, коли договір про закупівлю укладається із суб'єктами господарювання, які певну частину своєї діяльності здійснюють у конкретному регіоні незалежно від національності. При цьому важливо зазначити, у справі *Du Pont de Nemours* Суд ЄС не розглянув питання, чи такі закупівлі самі по собі становили державну допомогу, оскільки одразу було встановлено, що вони порушують ст. 30 Договору про заснування ЄС (зараз ст. 28 ДФЄС) щодо вільного руху товарів. Із цього можна зробити висновок, що у разі закупівель, якщо це прямо шкодить торгівлі і не може бути виправдано випадками, встановленими у ст. 36 ДФЄС (наприклад на підставі

супільної моралі, порядку та безпеки), такі закупівлі навіть не розглядають у контексті відношення її до державної допомоги, яка цілком може бути допустимою для конкуренції.

Тут постає інше питання, а якщо самі закупівлі, які спрямовані на досягнення, наприклад, регіонального розвитку, або інших промислових цілей, визначених у ст. 107 ДФЕС, можуть становити державну допомогу та бути схваленими Європейською комісією? Але у цьому разі Суд зазначив, що незалежно від того, що публічні закупівлі можуть бути охарактеризовані як державна допомога відповідно до ст. 107 ДФЕС (колишня ст. 87 Договору про заснування ЄС), вони не можуть бути виправдані відповідно до правил ЄС з державної допомоги, якщо вони порушують правила вільного руху товарів, робіт та послуг. І проста кваліфікація як державної допомоги сама по собі не виключає закупівлі з правил про вільну торгівлю [19]. Але рішення Суду ЄС не пояснює, чому певні заходи, наприклад, фінансова допомога, яка може перешкоджати торгівлі, може бути визнана як допомога і дозволена Європейською комісією, а інші, як закупівлі, не можуть. Таким чином, можна зробити висновок, що наразі згідно з правилами ЄС дискримінаційні заходи у публічних закупівлях заборонені, навіть якщо спрямовані на досягнення таких горизонтальних цілей, як регіональний розвиток та захист навколишнього середовища, якщо вони перешкоджають вільній торгівлі. Такі закупівлі є недопустимими та навіть не розглядаються у відношенні їх до державної допомоги, яка цілком може бути допустимою для конкуренції. Тобто реалізація горизонтальних цілей у закупівлях можлива лише за дотримання всіх вимог законодавства про публічні закупівлі, що не допускає проявів дискримінації навіть на підставі досягнення різних соціально важливих цілей. Тобто наразі захист внутрішнього ринку залишається пріоритетною метою регулювання відносин у сфері публічних закупівель.

Висновки. Фактично публічні закупівлі з горизонтальним критерієм дають додаткові підстави звертатися до правил державної допомоги для оцінки такого заходу через високу вірогідність отримання суб'єктом господарювання опосередкованої економічної переваги, яка може вплинути на конкуренцію.

Якщо замовником дотримано всіх правил з публічних закупівель і горизонтальний критерій не виходить за межі предмета закупівлі, тоді більша ціна закупівлі з горизонтальним критерієм у порівнянні із закупівлею без нього є відображенням специфіки виробничих процесів і не становить невиправдану економічну вигоду. Таким чином, укладення договору про закупівлю з горизонтальним критерієм не передбачає державну допомогу. Для точного визначення, чи становить таке удорожчання економічну вигоду, слід застосувати «тест приватного покупця», однак питання слід ставити про те, чи приватний покупець, який намагається реалізувати горизонтальну політику, заплатив би таку ж саму ціну.

Якщо за дотримання всіх основних вимог у сфері закупівель щодо прозорості та недискримінації горизонтальних критерій виходить за межі предмета договору про закупівлі, існує ризик надання невиправдані економічної переваги суб'єкту господарювання-переможцю закупівлі. У цьому разі така закупівля має

відповідати правилам про державну допомогу. Оскільки застосовувати «тест приватного покупця» недоцільно, адже замовник у цьому разі діє як регулятор, слід оцінювати відповідність такої закупівлі правилам з державної допомоги в кожному конкретному випадку окремо.

У будь-якому випадку у разі отримання інформації з будь-яких джерел або з власної ініціативи з обґрунтованих підстав Антимонопольний комітет України має повноваження відкрити справу для поглибленого аналізу. Так і замовники мають повне право проводити самостійний аналіз заходу на наявність ознак державної допомоги і не подавати повідомлення до Уповноваженого органу з питань державної допомоги.

Список літератури:

1. Arrowsmith S. Horizontal policies in public procurement: a taxonomy. *Journal of public procurement*. 2010. Vol. 10. Issue 2. P. 149–186.
2. Про Стратегію реформування системи публічних закупівель («дорожню карту»): розпорядження КМУ № 175-р від 24.02.2016 р. *Урядовий кур'єр*. 2016. № 62.
3. Petersen C. F. Award of public contracts as a means to conferring state aid. A legal analysis of the interface between public procurement law and state aid law. PhD Series. Doctoral School of Business and Management. Copenhagen Business School. 2018. 312 p. URL: <https://openarchive.cbs.dk/bitstream/handle/10398/9614/Cecilie%20Fanше%20Petersen.pdf?sequence=1> (last accessed: 08.12.2018).
4. Martinic S., Kozina A. “Europe 2020” and the EU public procurement and state aid rules: good intentions that pave a road to hell? *Croatian Yearbook of European Law and Policy*. 2016. Vol. 12. P. 207–249.
5. On aid measure which the United Kingdom is planning to implement for support to the Hinkley Point C nuclear power station: Commission Decision (EU) 2015/658. 2014. URL: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/60110181-ed6e-11e4-892c-01aa75ed71a1/language-en> (last accessed: 12.11.2018).
6. Graells A. Public procurement and state aid: reopening the debate? URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2037768 (last accessed: 08.12.2018).
7. London Underground public private partnership: Commission decision № 264/2002 of 2 December 2002. URL: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_N264_2002 (last accessed: 03.12.2018).
8. Nicolaidis P. Public Procurement and State Aid. State Aid Hub.eu. URL: <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/9299> (last accessed: 03.12.2018).
9. Bartosch A. The Relationship Between Public Procurement and State Aid Surveillance: The Toughest Standard Applies? *Common market law review*. 2002. Vol. 39. № 3. P. 551–576.
10. Büsching K., Wiese T., Both C. European State Aid Law: a Compendium for Practical Application. 2012. 83 p.
11. Koenig C., Wilden B. Re-Communalisation: The Impact of the In-House Privilege and National Public Pricing Law on European State Aid Law. *EStAL*. 2018. № 2. P. 264–273.
12. Joined Cases T-129/95, T-2/96 and T-97/96, Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH and Lech-Stahlwerke GmbH v Commission of the European Communities [1999] ECR II-00017. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:61995TJ0129> (last accessed: 08.12.2018).
13. Case C-303/88, Italian Republic v Commission of the European Communities [1999]. URL: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:646add17-002b-4472-962a-566ca01ee064.0002.03/DOC_2&format=PDF (last accessed: 08.12.2018).
14. Priess H., Merveldt M. The impact of the EC state aid rules on horizontal policies in public procurement. Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions: monograph / eds. S. Arrowsmith, P. Kunzlik. Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2009. P. 249–270.
15. Case C-513/99, Concordia Bus Finland: [2002] E.C.R. I-07213. URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-513/99> (last accessed: 25.10.2018).

16. Case C-448/01, EVN AG and Wienstrom GmbH v Republic Austria [2003] E.C.R. I-14527. URL: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=71234&doclang=EN> (last accessed: 17.10.2018).

17. Case C-21/88, Du Pont de Nemours Italiana SpA v Unita sanitaria locale Ne 2 di Carrara [1990] E.C.R. I-00889. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:61988CJ0021> (last accessed: 10.10.2018).

18. Case C-379/98, PreussenElektra AG v Schleswag AG [2001] ECR I-2099. URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-379/98> (last accessed: 18.10.2018).

19. Opinion of Advocate General Lenz. Du Pont de Nemours Italiana SpA v Unita sanitaria locale Ne 2 di Carrara. 1989. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61988CC0021> (last accessed: 10.10.2018).

References:

1. Arrowsmith, S. (2010). Horizontal policies in public procurement: a taxonomy. *Journal of public procurement*, Vol. 10, issue 2, 149–186.

2. Pro strategiiu reformuvannia systemy publichnykh zakupivel (“dorozniu kartu”): rozporiadzenia KMU vid 24.02.2016 r. № 175-r. (2016). *Uriadovuy kurer*, 62 [in Ukrainian].

3. Petersen, C.F. (2018). Award of public contracts as a means to conferring state aid. A legal analysis of the interface between public procurement law and state aid law. PhD Series. Doctoral School of Business and Management. Copenhagen Business School, 312 p. URL: <https://openarchive.cbs.dk/bitstream/handle/10398/9614/Cecilie%20Fanme%20Petersen.pdf?sequence=1>.

4. Martinic, S., Kozina, A. (2016). “Europe 2020” and the EU public procurement and state aid rules: good intentions that pave a road to hell? *Croatian Yearbook of European Law and Policy*, Vol. 12, 207–249.

5. On aid measure which the United Kingdom is planning to implement for support to the Hinkley Point C nuclear power station: Commission Decision (EU) 2015/658. 2014. URL: <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/60110181-ed6e-11e4-892c-01aa75ed71a1/language-en>.

6. Graells, A. Public procurement and state aid: reopening the debate? URL: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2037768.

7. London Underground public private partnership: Commission decision № 264/2002 of 2 December 2002. URL: http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_N264_2002.

8. Nicolaidis, P. Public Procurement and State Aid. State Aid Hub.eu. URL: <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/9299>.

9. Bartosch, A. (2002). The Relationship Between Public Procurement and State Aid Surveillance: The Toughest Standard Applies? *Common market law review*, Vol. 39, № 3, 551–576.

10. Büsching, K., Wiese, T., Both, C. (2012). European State Aid Law: a Compendium for Practical Application, 83 p.

11. Koenig, C., Wilden, B. (2018). Re-Communalisation: The Impact of the In-House Privilege and National Public Pricing Law on European State Aid Law. *EStAL*, 2, 264–273.

12. Joined Cases T-129/95, T-2/96 and T-97/96, Neue Maxhütte Stahlwerke GmbH and Lech-Stahlwerke GmbH v Commission of the European Communities [1999] ECR II-00017. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:61995TJ0129>.

13. Case C-303/88, Italian Republic v Commission of the European Communities [1999]. URL: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:646add17-002b-4472-962a-566ca01ee064.0002.03/DOC_2&format=PDF.

14. Priess, H., Merveldt, M. (2009). The impact of the EC state aid rules on horizontal policies in public procurement. Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions / S. Arrowsmith, P. Kunzlik (Eds.). Cambridge, UK: Cambridge University Press, 249–270.

15. Case C-513/99, Concordia Bus Finland: [2002] E.C.R. I-07213. URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-513/99>.

16. Case C-448/01, EVN AG and Wienstrom GmbH v Republic Austria [2003] E.C.R. I-14527. URL: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=71234&doclang=EN>.

17. Case C-21/88, Du Pont de Nemours Italiana SpA v Unita sanitaria locale Ne 2 di Carrara [1990] E.C.R. I-00889. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/HR/TXT/?uri=CELEX:61988CJ0021>.

18. Case C-379/98, PreussenElektra AG v Schleswag AG [2001] ECR I-2099. URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-379/98>.

19. Opinion of Advocate General Lenz. Du Pont de Nemours Italiana SpA v Unita sanitaria locale Ne 2 di Carrara. 1989. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A61988CC0021>.

Malolitneva V. K., PhD in Law, Academic Secretary, Institute of Economic and Legal Research of the National Academy of Sciences of Ukraine, Ukraine, Kyiv.
e-mail : vestamalolitneva@gmail.com ; ORCID 0000-0001-9678-1750

Lillemiae O. E., PhD in Law, Chief Specialist of State aid monitoring and control Department, Antimonopoly Committee of Ukraine, Junior Researcher, Institute of Economic and Legal Research of the National Academy of Sciences of Ukraine, Ukraine, Kyiv.
e-mail : lillemiae@gmail.com ; ORCID 0000-0003-4899-107X

Horizontal aims in public procurements as an additional reason for assessment of conformity with state aid rules

The present article is devoted to the problems of horizontal aims implementation in public procurement, in particular in the field of environmental and social protection, within the framework of state aid rules. The authors give special consideration to the problems of applying a “purchaser’s test on market conditions” to determine whether there is an unjustified economic advantage in procurement with horizontal goals, as it is generally assumed that in such procurement contracting authorities pay a higher price that it would have had to pay without the use of the horizontal criteria. Such overcompensation could put the economic operators at a competitive advantage. For the purpose of defining whether public procurement with horizontal aim involves state aid the article dwells on the influence of the distinction between public procurement with horizontal policy which is related to the subject matter of the awarded contract and which is not. The study indicates that public procurement with horizontal measure which does not relate to the subject matter will probably entails the obligation of contracting authorities to assess if such procurement is in conformity with state aid rules. The article provides an in-depth analysis of the European Union (EU) experience and cases of the Court of Justice of the EU in determining the ratio of public procurement and state aid, and the decisions whether public procurement with horizontal objectives constitutes state aid which distorts competition. The authors elaborate recommendations for contracting authorities and the Antimonopoly Committee of Ukraine how to determine whether procurement of horizontal objectives constitutes state aid that may distort or threaten to distort economic competition.

Keywords: economic competition; public procurement; state aid; horizontal goals; economic advantage; EU-Ukraine Association Agreement.

Рекомендоване цитування: Малолітнева В. К., Ліллемяе О. Е. Горизонтальні цілі у публічних закупівлях як додаткова підстава для оцінки на відповідність правилам державної допомоги. *Проблеми законності*. 2019. Вип. 144. С. 45–59. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.154611>;

Suggested Citation: Malolitneva, V.K., Lillemiae, O.E. (2019). Horizontalni tsili u publichnykh zakupivliakh yak dodatkovna pidstava dlia otsinky na vidpovidnist pravylam derzhavnoi dopomohy [Horizontal aims in public procurements as an additional reason for assessment of conformity with state aid rules]. *Problemy zakonnosti – Problems of Legality, issue 144, 45–59*. doi: <https://doi.org/10.21564/2414-990x.144.154611> [in Ukrainian].

Надійшла до редколегії 17.01.2019 р.