

Правовий статус замовників, які здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання

У зв'язку зі введенням у дію Закону України «Про внесення змін до Закону України “Про публічні закупівлі” та деяких інших законодавчих актів України щодо вдосконалення публічних закупівель» від 19.09.2019 № 114-ІХ Мінекономіки підготувало лист-роз'яснення **від 04.06.2020 № 3304-04/34929-06**, присвячений визначенню правового статусу замовників, що здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання, як основних суб'єктів здійснення публічних закупівель в Україні.

Визначення замовників

Директивами Європейського Союзу про державні закупівлі, з якими українське закупівельне законодавство гармонізоване і стосується як правило підприємств-монополістів, передбачено, що замовники, які провадять діяльність в окремих сферах господарювання (далі — замовники), зобов'язані здійснювати закупівлі товарів, робіт і послуг відповідно до вимог Закону.

Для однозначного розуміння й тлумачення поняття «замовники, що здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання» (далі — замовники), Мінекономіки як уповноважений орган з питань закупівель підготувало лист-роз'яснення від 04.06.2020 № 3304-04/34929-06, відповідно до якого визначення замовників у розумінні Закону відбувається лише за наявності одночасно двох критеріїв. До них, зокрема, належать:

Юридичні особи та/або суб'єкти господарювання, які здійснюють діяльність в одній або декількох окремих сферах господарювання, визначених частиною другою статті 2 Закону.

Вказані вище особи та/або суб'єкти господарювання повинні відповідати хоча б одній з таких ознак:

органам державної влади, органам влади Автономної Республіки Крим, органам місцевого самоврядування **або іншим замовникам** належить частка у статутному капіталі юридичної особи **та/або суб'єкта господарювання** в розмірі більше ніж 50 відсотків. Або такі органи **чи інші замовники** володіють більшістю голосів **у вищому органі юридичної особи** та/або суб'єкта господарювання чи правом призначати більше половини складу виконавчого органу або **наглядової ради юридичної особи та/або суб'єкта господарювання**; наявність спеціальних або ексклюзивних прав.

Таким чином, **у разі якщо юридичні особи та/або суб'єкти господарювання здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання, установлених Законом, та одночасно відповідають хоча б одній з ознак, визначених пунктом 4 статті 2 Закону, то такі суб'єкти є замовниками й мають здійснювати закупівлі з дотриманням вимог Закону.**

У разі якщо юридичні особи та/або суб'єкти господарювання здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання, але не відповідають жодній з ознак, **визначених пунктом 4 статті 2 Закону**, то такі суб'єкти не є замовниками в розумінні Закону, здійснюють закупівлю товарів, робіт і послуг без застосування вимог Закону та підзаконних нормативно-правових актів, розроблених на його виконання.

Про «звичайних замовників», які здійснюють закупівлі відповідно до пункту 1-3 статті 2 Закону, читайте в листі Мінекономіки **від 21.05.2020 (вих. № [3304-04/32275-06](#))**.

Діяльність у сферах господарювання

До діяльності в окремих сферах господарювання належить діяльність, яку здійснюють в одній або декількох із таких сфер, вичерпний перелік яких наведено в частині другій статті 2 Закону. Зазначений перелік діяльності є одним з критеріїв відповіді на питання, чи є той чи інший суб'єкт господарювання замовником у розумінні цього закону і чи на його закупівлі поширюються вимоги цього закону.

Окремо звертаємо увагу, що на відміну від попередньої редакції Закону перелік сфер господарювання змінено, а їх формулювання уточнено та розширено. Наприклад, пункт 5 частини другої статті 2 Закону **містить нову сферу господарювання**, яка стосується проведення зрошувальних, осушувальних або осушувально-зволожувальних меліоративних заходів, якщо обсяг води, що використовуватимуть для постачання питної води, становить більш ніж 20 відсотків від загального обсягу води, одержання якої забезпечують зрошувальні чи осушувальні системи.

Натомість з **переліку сфер господарювання виключено** сфери щодо забезпечення функціонування та експлуатацію телекомунікаційних мереж фіксованого зв'язку загального користування або надання загальнодоступних телекомунікаційних послуг, а також забезпечення транспортування, зберігання, переробки нафти та нафтопродуктів сирих та щодо розроблення, виготовлення, реалізації, ремонту, модернізації та утилізації озброєння, військової техніки, військової зброї і боєприпасів до неї, організацію, координацію, а також безпосереднє постачання товарів, виконання робіт та надання послуг на виконання державного оборонного замовлення.

Водночас звертаємо увагу, що в Законі передбачено виключення, у разі яких діяльність не вважається діяльністю в окремих сферах господарювання. Вичерпний перелік виключень зазначено в пунктах 1-3 частини третьої статті 2 Закону. Отже, юридичні особи та/або суб'єкти господарювання, які здійснюють діяльність в сферах господарювання, перелік яких наведено в пунктах 1-3 частини третьої статті 2 Закону, не є замовниками в

розумінні Закону.

Поняття «наявність спеціальних або ексклюзивних прав»

Законом запроваджено європейський підхід, коли під дію законодавства з публічних закупівель 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, за умови здійснення своєї діяльності на підставі спеціальних або ексклюзивних прав.

Згідно з абзацом третім пункту 4 частини першої статті 2 Закону, наявність спеціальних або ексклюзивних прав означає наявність прав, наданих у 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 цим Законом, однією чи кількома особами, що істотно впливає на здатність інших осіб провадити діяльність у зазначених сферах.

При цьому не вважаються спеціальними або ексклюзивними права, що надані за результатами конкурсів (тендерів, процедур закупівель), інформація про проведення яких разом з критеріями відбору попередньо була опрацьована та була наявна в публічному доступі, можливість участі в таких конкурсах (тендерах, процедурах закупівель) не була обмежена та якщо надання таких прав відбувалося на основі об'єктивних критеріїв.

У будь-якому випадкові конкретні критерії для визначення наявності спеціальних і ексклюзивних прав у контексті Закону можна сформулювати на підставі таких міркувань, які побудовані на логіці «від зворотного», тобто через розуміння випадків, коли спеціальне / ексклюзивне право не виникає. Отже, **спеціальне / ексклюзивне право** не виникає в разі, якщо:

особи володіють такими правами не на підставі нормативно-правових актів та/або актів індивідуальної дії органів державної влади або органів місцевого самоврядування;

особи володіють такими правами, однак такі права не обмежують провадження діяльності у сферах, визначених цим Законом, однією чи кількома особами, та не впливають істотно на здатність інших осіб провадити діяльність у зазначених сферах;

особи отримали такі права за результатами конкурсів (тендерів), інформацію про проведення яких попередньо було оприлюднено, якщо надання цих прав відбувалося на основі об'єктивних критеріїв.

Наявність «спеціальних» або «ексклюзивних прав» стосується здебільшого державних та комунальних підприємств, а інколи навіть приватних, частково приватизованих компаній, які забезпечують потреби суспільства в інфраструктурних галузях, на ринках, що характеризуються станом природної монополії. Держава, вважаючи за необхідне гарантувати доступність, стабільність та надійність так званих комунальних послуг населенню, з одного боку, зобов'язує відповідні компанії-оператори надавати їхні послуги на певних встановлених державою умовах (регульовані ринки), а з іншого боку, надає цим компаніям монополні, виключні чи спеціальні права і захищає їх від конкурентного тиску.

Прикладом для України є рішення Кабінету Міністрів України про покладання виконання функцій національного оператора поштового зв'язку на Українське державне підприємство поштового зв'язку «Укрпошта». Унаслідок такого рішення лише ДП «Укрпошта», як національному операторові поштового зв'язку, надані виключні права на провадження певних видів діяльності у сфері надання послуг поштового зв'язку.

Отже, для визначення того, чи мають юридичні особи та/або суб'єкти господарювання, які здійснюють діяльність в одній або декількох окремих сферах господарювання, спеціальні або ексклюзивні права та чи виступають вони замовниками відповідно до Закону, вирішальну роль відіграє порядок набуття права здійснювати певний вид діяльності в окремих сферах господарювання.

Способи закупівель та вартісні межі

Виходячи з пункту 2 частини першої статті 3 Закону, дію Закону застосовують до замовників за умови, що вартість предмета закупівлі товару (товарів), послуги (послуг) дорівнює або перевищує 1 мільйон гривень, а робіт — 5 мільйонів гривень.

При цьому Закон не містить розмежування вартісних показників залежно від походження коштів (бюджетні, благодійні або власні), замовники послуговуються вартісними межами предмета закупівлі, визначеними у статті 3 Закону, незалежно від джерела фінансування такої закупівлі.

Вичерпний перелік процедур закупівель визначено у статті 13 Закону.

З огляду на зазначене, замовники у сфері здійснюють закупівлю одним із способів, передбачених Законом, послуговуючись відповідними вартісними межами.

Визначення приналежності до замовників юридичні особи та/або суб'єкти господарювання здійснюють самостійно на підставі інформації, документів та наведених у Законі ознак.

Детальніше з визначенням замовників у розумінні Закону читайте в листі Мінекономіки від 04.06.2020 № [3304-04/34929-06](#).