



Support for Improvement in Governance and Management

A joint initiative of the OECD and the EU, principally financed by the EU

Аналітична записка № 31

липень 2014 р.

Державні закупівлі

## Директиви ЄС—2014: договори концесії

Публікується з дозволу Карен Гілл, керівника програми SIGMA



[www.sigmaweb.org](http://www.sigmaweb.org)

Цей документ було видано за фінансової підтримки Європейського Союзу. Погляди, виражені у цьому документі, у жодному разі не можуть вважатися такими, що відображають офіційну позицію Європейського Союзу, і не завжди відображають погляди ОЕСР та його країн-членів чи країн-бенефіціарів, що беруть участь у програмі SIGMA.

## Вступ

**Опублікування Директиви про концесії:** 28 березня 2014 року, після завершення трирічних перемовин, в Офіційному журналі Європейського Союзу було опубліковано нову Директиву 2014/23/EU про укладання договорів концесії («Директива про концесії»)<sup>1</sup>. Ця Директива є частиною пакету законів, що реформують процедури ЄС у сфері державних закупівель. Того ж дня була опублікована Директива 2014/24/EU («Директива про державний сектор—2014») та Директива 2014/25/EU («Директива про комунальні послуги—2014»)<sup>2</sup>, що регулюють процедуру закупівель державними замовниками та комунальними підприємствами і замінюють директиви про державні закупівлі 2004 року<sup>3</sup>.

Тексти Директиви про концесію та інших названих директив можна знайти за посиланням:

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:L:2014:094:TOC>

**Строки імплементації:** Держави-члени ЄС зобов'язані імплементувати Директиву про концесії до 18 квітня 2016 року. Теоретично держави-члени не зобов'язані застосовувати їхні положення до завершення цього строку (або до дати, коли ці положення мають бути імплементовані, тобто до 18 квітня 2016 року). До цієї дати укладання договорів концесії на постачання послуг має відповідати загальним принципам, що визначені у рішеннях Суду справедливості ЄС, а концесії на виконання робіт – положенням Директиви 2004/18/ЄС (Директиви про державний сектор).

**Ця аналітична записка** присвячена новим актам законодавства ЄС, що регулюють укладення договорів концесії. Вона не має на меті дати вичерпний аналіз усіх положень Директиви про концесії. Є також окрема аналітична записка № 30, де проаналізовано положення Директиви про державний сектор—2014 та Директиви про комунальні послуги—2014.

**Причини прийняття Директиви про концесії:** Державні закупівлі – це один з ринкових інструментів, за допомогою яких планується виконати цілі стратегії «Європа—2020»<sup>4</sup>, забезпечивши високоорганізоване, стійке та безбар'єрне зростання шляхом:

- поліпшення умов для використання інновацій;
- заохочення активного використання зелених технологій;
- забезпечення максимально ефективного використання державних коштів;
- забезпечення відкритих ринків державних закупівель в усіх країнах ЄС.

<sup>1</sup> Директива 2014/23/EU Європейського парламенту та Ради від 26 лютого 2014 року про укладання договорів концесії (OJEU L 94, 28/03/2014, стор. 1).

<sup>2</sup> Директива 2014/24/ Європейського парламенту та Ради від 26 лютого 2014 року про державні закупівлі та скасування Директиви 2004/18/ЄС (OJEU L 94, 28/03/2014, стор. 65); Директива 2014/25/EU Європейського парламенту та Ради від 26 лютого 2014 року про порядок здійснення закупівель організаціями, що працюють у секторі водних, енергетичних, транспортних та поштових послуг, та скасування Директиви 2004/17/ЄС (OJEU, L 94, 28/03/2014, стор. 243).

<sup>3</sup> Директива 2004/18/ЄС про координацію процедур, пов'язаних з укладанням державних контрактів на виконання робіт, постачання товарів та надання послуг (31 березня 2004 р.); Директива 2004/17/ЄС про порядок здійснення закупівель організаціями, що працюють у секторі водних, енергетичних, транспортних та поштових послуг (31 березня 2004)

<sup>4</sup> Див. Європейська Комісія (3 березня 2010 р.), «Комунікація Комісії – Європа 2020 – Стратегія високоорганізованого, стійкого та безбар'єрного зростання».

У цьому контексті концесія розглядається як важливий інструмент довгострокового структурного розвитку інфраструктурних та стратегічних послуг, що сприяє розвитку конкуренції на внутрішньому ринку, дозволяє отримати переваги досвіду приватних компаній, допомагає забезпечити ефективність та інновації. Вважалося, що брак чітких правил, які регулюють порядок укладання та виконання договорів концесії, спричиняють правову невизначеність і перешкоджають вільному переміщенні послуг, створюючи тим самим перешкоди для функціонування внутрішнього ринку. Це спонукало Європейську комісію розробити комплексну, збалансовану і гнучку законодавчу базу для регулювання концесійних договорів, що забезпечує суб'єктам господарювання, зокрема представникам малого й середнього бізнесу, ефективний і вільний від дискримінації доступ до ринків концесій ЄС.

Якщо концесії на виконання робіт регулювалися і продовжують регулюватися загальними положеннями Директиви 2004/18/ЄС («Директива про державний сектор»), то концесії на послуги донедавна регулювалися «лише» принципами Договору про функціонування Європейського Союзу. Національні парламенти держав-членів ЄС по-різному тлумачили ризики, передбачені у цих законодавчих актах, про що свідчать чисельні рішення Суду справедливості ЄС щодо окремих (але не усіх) аспектів укладання концесії. Мета прийняття Директиви про концесії – збільшити правову визначеність учасників тендерних процедур за рахунок створення законодавчої бази, що допоможе забезпечити однакове застосування принципів Договору про функціонування ЄС усіма державами-членами. Законодавець ЄС вирішив розробити чіткі й водночас прості правила, які застосовуватимуться до концесій на суму, що перевищує визначені вартісні межі, і водночас відображатимуть особливості договору концесії як особливого виду державного контракту. Ці правила мають забезпечити мінімальний рівень координації національних процедур, що регулюють укладання договорів концесії. Ще один важливий момент: учасники та переможці тендерів на укладення договорів концесії отримують належний судовий захист, оскільки такі процедури будуть приведені у відповідність із директивами про засоби правового захисту 89/665/ЄЕС та 92/13/ЄЕС.

Директива про концесії підкреслює свободу держав-членів ЄС щодо того, які обирати схеми виконання робіт та надання послуг, виходячи з власних потреб. Це можна робити самостійно, у співпраці з іншими органами або шляхом залучення підрядників. Тобто Директива не створює правових підстав для лібералізації послуг, що мають загальний економічний інтерес і належать до виключної компетенції державних або приватних організацій, і не передбачає приватизації державних організацій, що надають такі послуги.

Варто також зазначити, що Директива про концесії не стосується вимоги про те, що державно-приватне партнерство (ДПП) має бути оформлене у вигляді державного контракту за Директивою про державний сектор або договору концесії за Директивою про концесії.

## Структура і зміст Директиви про концесії

Директива про концесії має таку структуру:

- Преамбула;

- Зміст;
- Глави з статтями, що поділяються на розділи та підрозділи;
- Додатки.

Положення преамбули не мають прямої юридичної сили – вони пояснюють контекст, у якому застосовуються положення, що мають таку силу, тобто положення статей. Преамбула містить корисну інформацію, яку можна застосовувати для тлумачення положень Директиви.

У додатках до Директиви наводиться додаткова інформація та вимоги, про які йдеться у статтях Директиви, зокрема про види діяльності організацій-замовників та зміст повідомлення про намір укласти договір концесії.

**Обов'язкові та необов'язкові положення Директиви про концесії:** Більшість положень Директиви є обов'язковими, і держави-члени зобов'язані імплементувати їх до свого національного законодавства. Це, зокрема, стосується визначень та сфери застосування Директиви. Інші статті є необов'язковими, тобто держави-члени самостійно вирішують, чи будуть вони імплементувати ці положення і яким саме чином. Це, зокрема, процедура укладання договору концесії<sup>5</sup> та правила опублікування повідомлень<sup>6</sup>.

**Корисний веб-ресурс:**

[http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/modernising\\_rules/reform\\_proposal/s/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/reform_proposal/s/index_en.htm)

## Зміст Директиви про концесії

### Глава I – предмет і сфера застосування Директиви, визначення та вартісні межі

Директива про концесії поширюється на концесії на виконання робіт та концесії на надання послуг, що укладаються (i) державними замовниками або (ii) організаціями-замовниками за умови, що ці договори переслідують цілі, перелічені у Додатку II до цієї Директиви (а саме, діяльність у певній сфері, зокрема у сфері енергетики, громадського пасажирського транспорту, експлуатації географічних ділянок, послуг поштового зв'язку – див. далі по тексту)<sup>7</sup>.

Термін «державний замовник» вживається у тому ж значенні, що й у Директиві про державний сектор 2004/18/ЄС та Директиві про державний сектор 2014/24/EU, тобто поширюється на випадки, коли договори концесії укладаються органами, діяльність яких регулюється положеннями публічного права. Директива про концесії регулює укладання договорів концесії «органами-замовниками», що провадять діяльність, зазначену у Додатку II. Це можуть бути державні органи, державні підприємства, як виняток – приватні підприємства, що користуються виключними чи спеціальними правами. Такі «виключні» або «спеціальні» права надаються їм компетентними органами держав-членів на підставі закону, підзаконного акту чи опублікованих адміністративних правил, що відповідають вимогам Договору про функціонування ЄС. Ці права звужують коло суб'єктів, що працюють у визначених сферах, до двох чи більше осіб, що суттєво впливає на

<sup>5</sup> Див. статті 30.

<sup>6</sup> Див. статтю 29.

<sup>7</sup> Див. статтю 1.

здатність інших суб'єктів господарювання провадити цю ж діяльність<sup>8</sup>. Організації-замовники, що провадять один з видів діяльності, які перелічені у Додатку II, не потрапляють під дію Директиви, якщо вони отримали такі права в рамках процедури, яка відповідає Договору про функціонування ЄС та яка базується на об'єктивних критеріях і була належним чином опублікована.

До видів діяльності, що перелічені у Додатку II, належить:

- надання чи експлуатація стаціонарних мереж для забезпечення громадських послуг, що пов'язані з виробництвом, транспортуванням чи розподілом електроенергії, газу чи опалення, а також постачанням електроенергії, газу чи опалення до таких стаціонарних мереж;
- надання чи експлуатація стаціонарних мереж для забезпечення громадських транспортних послуг з використанням залізниці, автоматизованих систем, трамваїв, тролейбусів, автобусів та фунікулерів;
- експлуатація географічних ділянок для надання авіаційним, морським чи річковим перевізникам послуг аеропортів, морських та річкових портів та інших портових споруд;
- надання послуг поштового зв'язку;
- експлуатація географічних ділянок для видобутку нафти чи газу, розвідки та видобутку вугілля та інших видів твердого палива.

Директива про концесії містить багато визначень, у тому числі визначення термінів «концесія на виконання робіт» та «концесія на надання послуг»<sup>9</sup>. Отже, у відповідності до положень Директиви, концесія – це письмовий комерційний договір, за яким один або більше державний орган чи організація-замовник доручає виконання робіт/надання послуг одному або більше суб'єкту господарювання, для якого зустрічна винагорода полягає або суто в отриманні права на використання робіт/послуг, що є предметом договору, або в отриманні такого права у поєднанні з оплатою. У Директиві зазначено, що операційні ризики використання робіт чи послуг за договором концесії (в частині попиту, пропозиції чи того і іншого) несе концесіонер. Вважається, що концесіонер несе операційні ризики навіть у тих випадках, коли за звичайних операційних умов гарантії повернення інвестицій чи витрат, пов'язаних з виконанням робіт чи надання послуг за договором концесії, відсутні. Директива не визначає, що таке «звичайні операційні умови». Разом із тим, внаслідок переходу ризиків концесіонер має відчути на собі нестабільність ринку. Операційні ризики мають виникати через обставини, що знаходяться поза контролем сторін договору. Ризики, пов'язані з недоліками управління, невиконанням концесіонером своїх договірних зобов'язань та обставинами форс-мажору притаманні будь-яким договірним відносинам і не є вирішальними для класифікації робіт/послуг як концесії. Тобто якщо спеціальні положення, що регулюють діяльність у певному секторі, виключають ризики концесіонера, гарантуючи йому повернення інвестицій чи витрат, то такий договір не може вважатися концесією. Аналогічно, якщо концесіонер отримує винагороду за регульованими тарифами, розрахованими у такий спосіб, що це покриває усі його витрати та інвестиції, це буде вважатися не концесією, а державним контрактом.

У Директиві про концесії зазначається, що окремі схеми, наприклад коли суб'єкти господарювання, які відповідають певним критеріям, мають право виконувати певні роботи/послуги без попереднього відбору, зокрема системи вибору

<sup>8</sup> Див. статтю 5, пункти 10 та 11.

<sup>9</sup> Див. статтю 5, пункт 1.

споживачів,<sup>10</sup> не можуть вважатися концесією. Крім того, не вважатиметься концесією комерційна діяльність, коли держави-члени чи їхні державні органи встановлюють вимоги до суб'єктів господарювання, зокрема у вигляді дозволів та ліцензій, але сама діяльність відбувається з ініціативи суб'єкта господарювання, а не державного замовника, і при цьому за суб'єктом господарювання залишається право відмовитися від виконання робіт чи надання послуг<sup>11</sup>. Це стосується і договорів, за якими суб'єкти господарювання отримують право використовувати публічний простір чи ресурси, що регулюються публічним або приватним правом, наприклад землю чи іншу власність громади, а держава чи державний орган лише встановлює загальні правила користування цими об'єктами і не замовляє конкретні роботи чи послуги<sup>12</sup>. Це правило поширюється, наприклад, на договори оренди земельних ділянок чи публічного простору, що зазвичай регулюють порядок вступу орендаря у свої права за договором, вимоги до цільового використання орендованої власності, взаємні права та обов'язки сторін щодо утримання об'єкта власності, положення про строк оренди, повернення об'єкта орендодавцю, а також розмір орендних та інших додаткових платежів на користь орендодавця.

Директива про концесії застосовується лише до тих контрактів, вартість яких дорівнює або перевищує 5 186 000 євро<sup>13</sup>. Вартість концесії розраховується державним органом чи організацією-замовником на базі очікуваного сукупного чистого обороту концесіонера, отриманого внаслідок виконання робіт, надання послуг чи постачання матеріалів за договором. За основу береться вартість на момент опублікування повідомлення про оголошення тендеру, тобто державний замовник має зробити попередню оцінку вартості контракту. Якщо вартість концесії на момент укладання договору перевищує очікувану вартість більше ніж на 20%, то використовується показник фактичної вартості контракту. Це правило введено з метою не допустити обхід правил. Виглядає так, що застосовується воно лише у випадках, коли вартість концесії на момент укладення договору одночасно перевищує початкову очікувану вартість на 20% і перевищує вартісну межу 5 186 000 євро. Якщо повідомлення про укладення договору концесії було укладено з порушенням вимог Директиви про концесії, то воно вважається нікчемним і має бути опубліковане повторно у відповідності до визначеної процедури. Як і у випадку державних контрактів, розрахунок вартості концесії не може здійснюватися з метою обходу правил.

Якщо очікувана вартість концесії є меншою за вказану вартісну межу, то, як і у випадку законодавчої бази, що регулює концесію послуг, укладання договору регулюється загальними принципами Договору про функціонування ЄС: свобода переміщення товарів, свобода заснування та економічної діяльності, свобода надання послуг, а також похідні від них принципи рівного поводження та недискримінації, взаємного визнання, пропорційності та прозорості.

---

<sup>10</sup> Сюди входять види економічної діяльності, що можуть здійснюватися будь-якими особами, які відповідають об'єктивним вимогам до такої діяльності: послуги інженерів, юристів, водії таксі (залежить від національного законодавства).

<sup>11</sup> Це правило може застосовуватися до послуг, які відповідно до національного законодавства можуть надаватися за умови отримання державної ліцензії, але при цьому суб'єкт господарювання, що отримав ліцензію, має право самостійно вирішувати, чи буде використовувати цю ліцензію і надавати відповідні послуги. Наприклад, послуги водіїв таксі чи аптек.

<sup>12</sup> Наприклад землезабудовники.

<sup>13</sup> Для отримання більш докладної інформації про цей вид розрахунків див. статтю 8.

## Винятки

Директива про концесії передбачає чисельні винятки, більшість з яких відображають винятки з вищезгаданих директив 2014 року. Зокрема, вона не застосовується до концесій, що укладені:

- на базі виключного права, наданого у відповідності до Договору про функціонування ЄС;
- з метою надання авіатранспортних послуг, що надаються на основі експлуатаційної ліцензії;
- міжнародною організацією чи міжнародною фінансовою установою і фінансуються виключно за рахунок такої організації/установи;
- у сфері безпеки та оборони<sup>14</sup>;
- до послуг, пов'язаних з видами діяльності, що не охоплюються положеннями Директиви про державний сектор 2014 року, наприклад до набуття у власність чи оренди земельних ділянок, споруд та іншого нерухомого майна; набуття у власність, інженерної підготовки до забудови, виробництва та співвиробництва програмного матеріалу для аудіовізуальних чи радіомедійних послуг; арбітражних та узгоджувальних послуг; окремих видів юридичних й фінансових послуг; позик, послуг у сфері цивільного захисту, цивільної оборони та захисту від небезпеки, що надаються через громадські організації; політичних кампаній<sup>15</sup>;
- до лотерейних послуг, що здійснюються суб'єктом господарювання на основі виключного права, наданого йому державою-членом.

Додатково Директива про концесії передбачає вузькоспеціалізовані винятки у сфері електронних комунікацій та у водному секторі. Останній був предметом жвавих дискусій у країнах ЄС під час підготовки Директиви. У Директиві чітко зазначено, що її положення не поширюються на концесії, укладені з метою надання чи експлуатації стаціонарних мереж для забезпечення громадських послуг, що пов'язані з виробництвом, транспортуванням та розповсюдженням питної води та постачанням питної води до таких мереж. За певних обставин Директива не поширюється на концесії на відведення та очищення стічних вод, гідротехнічні проекти та зрошення й осушення земель<sup>16</sup>.

Ще один важливий виняток – концесії, що укладаються організацією-замовником із пов'язаним підприємством, щонайменше 80% річного обороту якого за останні три роки сформовано за рахунок виконання робіт чи надання послуг на користь організації-замовника або пов'язаного з ним підприємства (групи компаній)<sup>17</sup>.

Крім того, Директива не поширюється на концесії між суб'єктами з державного сектору. Цей виняток стосується як внутрішніх закупівель, так і «державно-державного» партнерства. До внутрішніх концесій це правило застосовується у випадку, коли відносини контролю між державним замовником та концесіонером є аналогічними до відносин цього органу та його підрозділів; понад 80% операцій концесіонера пов'язані з виконанням завдань замовника; концесіонер не має прямого приватного капіталу, за винятком форм, що не передбачають контролю<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Для отримання більш докладної інформації про виключні права у сфері безпеки та оборони за Директивою про оборону 2009/81/ЄС – див. статтю 10, пункти 4–7.

<sup>15</sup> Докладна інформація про ці виключні права – див. статтю 10, пункт 8.

<sup>16</sup> Для отримання більш докладної інформації про винятки у водному секторі див. статтю 12.

<sup>17</sup> Для отримання більш докладної інформації про цей виняток див. статтю 13.

<sup>18</sup> Для отримання більш докладної інформації про цей виняток див. статтю 17.

у розумінні національного законодавства у відповідності з Договором про функціонування ЄС.

Нарешті, у відповідності до нещодавнього рішення Суду справедливості ЄС<sup>19</sup>, Директива про концесії не поширюється на договори концесії на спільне надання державних послуг, якщо (i) сторонами такого договору є виключно державні органи чи організації-замовники; (ii) співробітництво відбувається виключно з міркувань громадського інтересу; (iii) жоден з приватних надавачів послуг не має привілейованого становища по відношенню до своїх конкурентів<sup>20</sup>.

### Змішані контракти

Директива про концесії містить спеціальні положення про змішані контракти<sup>21</sup>. Ці положення базуються на практиці Суду справедливості ЄС та відповідних нормах Директиви про державний сектор і Директиви про комунальні послуги 2014 року. Якщо змішаний договір концесії можна поділити на частини, то державні органи та організації-замовники можуть укласти окремі концесії на різні частини такого договору. Але якщо частини договору концесії об'єктивно неподільні<sup>22</sup>, то необхідно визначити правила, що регулюють основний предмет такого договору. Наприклад, якщо концесія передбачає виконання робіт і надання послуг, та основним елементом цього договору є виконання робіт, то він має укладатися за правилами, що регулюють концесію на виконання робіт, і навпаки. Наразі відмінність між концесіями на виконання робіт та концесіями на надання послуг має юридичне значення, оскільки кожна з них має свої особливості правового регулювання. Наприклад, для концесій на послуги передбачені спеціальні винятки, а до концесій на роботи застосовуються відмінні правила в частині субпідряду. Якщо договір поєднує елементи концесії на послуги та поставку товарів, то основний предмет такого договору визначається на базі очікуваної вартості відповідних послуг чи товарів: що має більшу вартість, те і є основним предметом концесії<sup>23</sup>.

Якщо концесія охоплює декілька видів діяльності, перелічених у Додатку II до Директиви про концесії (щодо діяльності у сфері комунальних послуг), до такого договору застосовується правила, що регулюють основний вид діяльності за договором. Крім того, Директива містить ряд правил, що застосовуються до змішаних концесій, коли об'єктивно неможливо визначити основний вид діяльності за договором<sup>24</sup>, а також до змішаних контрактів, що включають аспекти безпеки та оборони. Знову ж таки, для визначення правил, що регулюватимуть ці контракти, необхідно проаналізувати їхні характеристики<sup>25</sup>.

<sup>19</sup> Справа C-480/06 *Stadtreinigung Hamburg*.

<sup>20</sup> Див. статтю 17 та пункти 45-47 преамбули.

<sup>21</sup> Змішані контракти – це контракти, що поєднують у собі елементи різних контрактів, наприклад контракти на виконання робіт та надання послуг, контракти на поставку товарів та надання послуг, контракти на надання послуг, що охоплюються та не охоплюються Директивою.

<sup>22</sup> Відповідно до практики Суду справедливості ЄС, немає чітких правил щодо визначення неподільності, і це питання вирішується виходячи з обставин конкретної справи. При цьому враховуються прямі та опосередковані наміри державного органа-замовника вважати різні аспекти змішаного контракту неподільними, що має підтверджуватися об'єктивними доказами, які виправдовують ці наміри і зумовлюють необхідність укладання єдиного контракту.

<sup>23</sup> Для отримання більш докладної інформації щодо змішаних контрактів див. статтю 20.

<sup>24</sup> Див. статтю 22 пункт 3.

<sup>25</sup> Для отримання більш докладної інформації щодо змішаних закупівельних контрактів у сфері безпеки та оборони див. статті 21 та 23.



## Строк дії договору концесії

Директива про концесії передбачає, що договір концесії є строковим, але не визначає його максимальну тривалість. Відповідно до вимог Директиви, тривалість договору концесії не може бути невиправдано великою, інакше це призведе до закриття ринків і обмеження конкуренції, перешкоджаючи тим самим вільному переміщенню послуг та свободі заснування й економічної діяльності<sup>26</sup>. Тому якщо концесію укладено на строк понад п'ять років, то максимальна тривалість концесії не повинна перевищувати строк, протягом якого концесіонер може розумно очікувати на відшкодування інвестицій в роботи чи послуги, а також повернення інвестованого капіталу, беручи до уваги усю сукупність інвестицій, здатність майна генерувати дохід, застосовані тарифи та витрати на експлуатацію майна.

## Суб'єкти господарювання, комунікації, конфіденційність і термінологія

Термін «суб'єкти господарювання» використовується у широкому значенні, тобто поширюється на будь-яких осіб та/або організації не залежно від їхньої організаційно-правової форми, що пропонують виконання робіт, постачання товарів та надання послуг. У Директиві чітко зазначається, що право на участь у концесіях поширюється також і на групи суб'єктів господарювання<sup>27</sup>.

Окрім випадків обов'язкового використання електронних засобів комунікації (зокрема, опублікування повідомлень про намір укласти договір концесії чи обов'язок розмістити документи в електронній формі<sup>28</sup>) держави-члени та державні органи можуть на власний вибір використовувати наступні засоби комунікації: електронні засоби зв'язку, пошта, факс, обмін усними повідомленнями. Разом із тим, держави-члени можуть передбачити, що у в рамках процедури укладання договору концесії використання засобів електронного зв'язку є обов'язковим<sup>29</sup>.

Директива про концесії містить положення про конфіденційність. Якщо Директивою про концесії чи актом національного законодавства (наприклад, законом про доступ до інформації) не передбачено інше, то державні органи та організації-замовники не мають права розголошувати інформацію, що позначена суб'єктом господарювання як конфіденційна, у тому числі технічну чи комерційну таємницю та конфіденційні аспекти тендеру<sup>30</sup>.

Директива про концесії містить посилення на Єдиний словник термінології у сфері державних закупівель ('Common Procurement Vocabulary')<sup>31</sup>, який має використовуватися для тлумачення термінів у контексті договорів концесії.

## Глава II – Загальні принципи та процесуальні гарантії, що застосовуються до договорів концесії

На відміну від Директиви про державний сектор–2014, Директива про концесії не визначає спеціальних процедур, що мають застосовуватися під час присудження

<sup>26</sup> Див. статтю 18 та пункт 52 преамбули.

<sup>27</sup> Див. статтю 26.

<sup>28</sup> Див. статті 33 (2) та 34.

<sup>29</sup> Див. статтю 29.

<sup>30</sup> Див. статтю 28.

<sup>31</sup> Див. статтю 27.

договорів концесії. Безперечно, держави-члени можуть використовувати процедури, передбачені Директивою про державний сектор. З точки зору державних закупівель було б розумним гармонізувати процедури укладання концесій та державних контрактів. Директива про концесії визначає загальну базу, принципи та процесуальні гарантії, що ґрунтуються на практиці Суду справедливості ЄС і мають на меті забезпечення прозорості і рівного поводження. Законодавець ЄС вважає, що для досягнення цілей Директиви достатньо мінімального рівня співробітництва. За якою би процедурою не відбувся вибір концесіонера, державні органи та організації-замовники зобов'язані дотримуватися принципів рівного ставлення, заборони дискримінації та прозорості по відношенню до суб'єктів господарювання<sup>32</sup>.

## Повідомлення

Щоб забезпечити базову прозорість процесу, Директива про концесії зобов'язує державні органи-замовники публікувати в *Офіційному журналі ЄС* «повідомлення про намір укласти договір концесії». Відступ від цього зобов'язання можливий лише за виняткових обставин, які за практикою Суду справедливості ЄС підлягають обмежувальному тлумаченню. Укладання концесії без попереднього опублікування повідомлення дозволяється лише у випадках, коли (i) одразу зрозуміло, що опублікування такого повідомлення не збільшує конкуренцію, оскільки з об'єктивних причин лише один суб'єкт господарювання здатен виконати поставлене завдання, (ii) концесія укладається з метою створення чи набуття у власність унікального витвору мистецтва чи художньої вистави, (iii) конкуренція відсутня з технічних причин або внаслідок використання виключного права чи захисту прав інтелектуальної власності та інших виключних прав або (iv) в рамках вже проведеного тендеру не було подано жодної прийнятної пропозиції, якщо умови тендеру суттєво не змінилися<sup>33</sup>.

Директива про концесії встановлює вимоги до повідомлення: у ньому має бути зазначена назва, адрес та вид державного органу чи організації-замовника, основний вид діяльності, опис концесії, умови участі у тендері, строки подання чи прийому конкурсних заявок. Державні замовники зобов'язані використовувати стандартні форми повідомлень, які передаються до Бюро публікацій Європейського Союзу для опублікування в *Офіційному журналі ЄС*<sup>34</sup>, а також забезпечити учасникам тендеру необмежений безкоштовний доступ до електронних документів<sup>35</sup>.

## Відбір кандидатів та критерії вибору переможця

Директива про концесії визначає правила відбору та якісної оцінки кандидатів<sup>36</sup>. Вони відображають вимоги Директиви про державний сектор: державні замовники зобов'язані перевіряти професійні та технічні якості, а також фінансове та економічне становище кандидатів та учасників тендеру, на основі поданих ними декларацій та/або зовнішніх рекомендацій. Умови участі у тендері мають бути недискримінаційними та пропорційними по відношенню до предмету концесії. Їх необхідно вказувати у повідомленні про намір укласти договір. Як і у випадку

<sup>32</sup> Див. статті 3 та 30.

<sup>33</sup> Для отримання більш докладної інформації щодо повідомлень про намір укласти договір концесії та винятки з цього правила див. статтю 31.

<sup>34</sup> Див. статтю 33.

<sup>35</sup> Для отримання більш докладної інформації щодо обов'язку забезпечити доступ до електронних документів див. статтю 34.

<sup>36</sup> Для отримання більш докладної інформації див. статтю 38.

державних контрактів, в рамках концесії суб'єкти господарювання мають право залучати підрядників.

Державні органи-замовники зобов'язані переконатися у відсутності підстав для обов'язкового та/або можливого недопущення суб'єкта господарювання до участі у тендерній процедурі. Не допускаються до участі в тендері суб'єкти господарювання, щодо яких набрало чинності остаточне судове рішення про вчинення окремих видів злочинів, зокрема шахрайства, корупції або участі у злочинній організації. Разом із тим, попри наявність підстав для недопущення до укладання концесії, суб'єктам господарювання мають надати можливість продемонструвати, що вжиті ними заходи є достатніми для підтвердження їхньої надійності. Такими заходами можуть, зокрема, бути: (i) організаційні заходи та заходи щодо персоналу, наприклад розірвання усіх зв'язків з особами чи організаціями, що причетні до порушення закону; (ii) заходи з реорганізації персоналу та (iii) запровадження систем звітування й контролю. Держави-члени мають право визначати спеціальні положення матеріального та процесуального законодавства, що застосовуються до таких випадків, і самостійно вирішувати, хто проводитиме оцінку суб'єктів господарювання: самі державні замовники чи інші органи центрального/місцевого рівня<sup>37</sup>.

Директива про концесії визначає мінімальні строки подання заявок на участь у тендері на укладання договору концесії: 30 днів з дати опублікування повідомлення про намір укласти такий договір. Якщо процедура проходить у декілька етапів, то строк подання першої заявки становить 22 дні з дати опублікування повідомлення<sup>38</sup>.

Вибір концесіонера має відбуватися на базі об'єктивних критеріїв, що стосуються предмету концесії, та відповідати загальним принципам рівного ставлення, недискримінації та пропорційності. Ці критерії перелічуються у низхідному порядку від найбільш до найменш важливого і заздалегідь повідомляються усім учасникам тендеру. Державний замовник може змінити порядок критеріїв лише у виняткових випадках. Наприклад, якщо необхідно врахувати інноваційне рішення, яке замовник добросовісно не міг передбачити заздалегідь, а без зміни порядку критеріїв відбір буде дискримінаційним<sup>39</sup>.

Директива про концесії зобов'язує державних замовників максимально швидко повідомляти учасників про рішення в рамках тендерної процедури, включаючи рішення про обрання переможця, підстави відхилення конкурсної пропозиції, а у відповідних випадках – підстави рішення не укласти контракт взагалі. На вимогу сторони/сторін державний замовник зобов'язаний максимально швидко, але не пізніше ніж 15 днів з дати отримання запиту, надавати учаснику тендеру, що подав прийнятну конкурсну пропозицію, інформацію про характеристики та відносні переваги пропозиції переможця<sup>40</sup>.

### **Правила, що регулюють виконання договору концесії – залучення підрядників, зміна умов договору, його розірвання, моніторинг та звітування**

Директива про концесії містить спеціальні правила щодо залучення субпідрядників. Ці правила відображають положення Директиви про державний

<sup>37</sup> Для отримання більш докладної інформації про можливість «самоочищення» див. статтю 38 пункт 9 а також пункти 70-71 преамбули.

<sup>38</sup> Див. статтю 39.

<sup>39</sup> Див. статтю 41.

<sup>40</sup> Див. статтю 40.

сектор. Державний замовник зобов'язаний з'ясувати в учасника тендеру, який відсоток робіт/послуг за договором концесії він планує доручити субпідрядникам, а також інформацію про цих субпідрядників. Концесіонери зобов'язані надати інформацію про субпідрядників (назву, контактні дані, дані про юридичного представника) та про будь-які заміни субпідрядників, що працюють на об'єкті під безпосереднім наглядом з боку державного замовника. Ця вимога застосовується як до концесій на роботи, так і до концесій на послуги, і має бути виконана після визначення переможця, найпізніше – на початку виконання робіт/надання послуг за контрактом. Державні замовники мають право поширити цей обов'язок і на інших субпідрядників у ланцюжку<sup>41</sup>.

Законодавець ЄС визнає, що концесія зазвичай передбачає довгострокові комплексні схеми, які часто залежать від мінливих обставин, а отже, необхідно передбачити можливість змінювати положення договору концесії. Директивою про концесії передбачено, що умови договору концесії можна змінювати без проведення нового тендеру у таких випадках<sup>42</sup>:

- Можливість внесення змін, не залежно від їхньої вартості, передбачена у чітких, зрозумілих та однозначних положеннях оригінального договору концесії;
- Виникла потреба у додаткових роботах чи послугах, що не передбачені оригінальним договором концесії, але концесіонера не можна замінити (i) з економічних або технічних причин, наприклад через вимоги взаємозамінності та операційної сумісності з використовуваним обладнанням чи послугами або (ii) через суттєві незручності або значне дублювання витрат для державного замовника за умови, що збільшення вартості не перевищуватиме вартості первинного договору концесії більше ніж на 50%. Якщо до договору концесії вноситься декілька послідовних змін, то це правило застосовується до кожної наступної зміни<sup>43</sup>;
- Зміна (i) викликана зовнішніми обставинами, які державний замовник добросовісно не міг передбачити, (ii) не змінює природи концесії в цілому та (iii) передбачає зміну вартості, що не перевищує 50% вартості оригінального договору. Якщо до концесії вноситься декілька послідовних змін, то це правило застосовується до вартості кожної наступної зміни;
- Замість первинного концесіонера у договір вступає новий концесіонер на підставі (i) однозначного, чіткого та зрозумілого положення первинного договору концесії, (ii) універсального або часткового правонаступництва або (iii) перейняття державним замовником обов'язків концесіонера по відношенню до субпідрядників<sup>44</sup>;
- Зміни є несуттєвими;

<sup>41</sup> Для отримання більш докладної інформації про субпідряд див. статтю 42 .

<sup>42</sup> Для отримання більш докладної інформації про внесення змін до договору концесії див. статтю 43.

<sup>43</sup> З положень Директиви випливає, що правило про збільшення вартості застосовується до кожної наступної зміни не залежно від попереднього збільшення вартості самої концесії. Водночас, Директива про концесії чітко встановлює, що наступні зміни положень договору концесії не можуть використовуватися з метою обходу вимог Директиви.

<sup>44</sup> Зміст цього винятку до кінця не зрозумілий. Схоже, це положення дозволяє наймодавцю вступати у договір концесії за схемою державно-приватного партнерства, якщо такий вступ узгоджується з відповідними обмеженнями. Аргументом проти такої інтерпретації може бути те, що наймодавці зазвичай не відповідають якісним критеріям відбору, а це одна з умов внесення змін.

- Вартість зміни не перевищує наступні показники: вартісну межу для договору концесії (зараз це 5 186 000 євро) та 10% вартості оригінальної концесії.

Держави члени забезпечують, щоби органи-змовники у відповідності до положень національного законодавства мали право розірвати договір концесії за наявності однієї або більше наступних умов<sup>45</sup>:

- Суттєва зміна умов договору концесії, що вимагає укладення нової концесії;
- На момент оголошення переможця тендеру обраний концесіонер мав бути відсторонений від тендерної процедури через наявність обов'язкових підстав для такого відсторонення, наприклад через набрання чинності остаточним судовим рішенням про вчинення злочину;
- Суд справедливості ЄС в рамках процедури розгляду скарги на порушення прав визнає, що державний замовник уклав концесію в порушення своїх зобов'язань за Договором про функціонування ЄС та Директиви про концесію.

Крім того, держави-члени повинні передбачити обов'язок одного або більше державного органу здійснювати моніторинг імплементації та застосовування процедур укладання договорів концесії. Це нове правило має на меті забезпечити уніфіковане та ефективне застосування положень права ЄС у державах-членах Союзу.

## Судовий захист

Однією з найважливіших змін у правовому режимі концесії послуг стало те, що тепер на нього поширюються положення Директиви 89/665/Е про засоби правового захисту під час укладання державних контрактів та про закупівлі у сфері комунальних послуг згідно Директиви 92/13/ЕЕС. Учасники тендеру, чії пропозиції були відхилені, повинні мати можливість оскаржити будь-яке рішення, прийняте в рамках тендерної процедури, тобто на них поширюються мінімальні гарантії, передбачені директивами про засоби правового захисту<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> Це положення слід розглядати як мінімальну вимогу, що не перешкоджає державам-членам та державним органам-замовникам встановлювати додаткові підстави дострокового розірвання договору. Ці підстави регулюються положеннями національного законодавства.

<sup>46</sup> Див. статті 46–47.