

УДК 346.546

DOI: 10.31359/2411-5584-2019-37-2-130

## **В. К. МАЛОЛІТНЕВА**

кандидат юридичних наук, учений секретар

Інституту економіко-правових

досліджень НАН України,

Україна, м. Київ

e-mail: vestamalolitneva@gmail.com

ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9678-1750>



# **ПУБЛІЧНІ ЗАКУПІВЛІ «ЗЕЛЕНОЇ» ЕЛЕКТРОЕНЕРГІЇ В МЕЖАХ ЗОБОВ'ЯЗАНЬ УКРАЇНИ ПЕРЕД ЄС ТА СОТ<sup>1</sup>**

Стаття присвячена питанням особливостей здійснення публічних закупівель «зеленої» електроенергії в межах зобов'язань України перед ЄС та СОТ. Досліджено окремі дискусійні аспекти встановлення вимог щодо закупівлі електроенергії з відновлювальних джерел саме в технічних специфікаціях, що в міжнародній торгівлі може призводити до дискримінації, оскільки «зелена» електроенергія та електроенергія з традиційних джерел є різними лише в методах і процесах її виробництва, утім однаковими на етапі споживання. Розроблено пропозиції щодо здійснення публічних закупівель «зеленої» електроенергії в Україні з урахуванням вимог у межах зобов'язань перед ЄС та СОТ.

**Ключові слова:** публічні закупівлі, електроенергія з відновлювальних джерел, технічні специфікації, захист навколишнього середовища, Угода про асоціацію з ЄС, Угода СОТ про державні закупівлі.

**Постановка проблеми.** Згідно з Енергетичною стратегією України на період до 2035 року «Безпека, енергоефективність, конкурентоспроможність» [1] передбачається стале розширення використання всіх видів відновлювальної енергетики, яка стане одним з інструментів гарантування енергетичної безпеки держави. У коротко- та середньостроковому періоді (до 2025 р.) Стратегія прогнозує зростання частки відновлювальної енергетики до рівня 12 % від загального первинного постачання енергії та не менше 25 % – до 2035 р. Згідно з Національною доповіддю «Цілі сталого розвитку: Україна»

<sup>1</sup> © Малолітнева В. К., 2019. Стаття публікується на умовах ліцензії Creative Commons – Attribution 4.0 International (CC BY 4.0).

Статтю розміщено на сайті збірника: <http://econtlaw.nlu.edu.ua>.

одним із завдань Цілі 7 «Доступна та чиста енергія» виступає збільшення частки енергії з відновлювальних джерел у національному енергетичному балансі [2]. У межах виконання своїх зобов'язань відповідно до Паризької угоди Україна розробила Стратегію низьковуглецевого розвитку до 2050 року [3]. Одним із заходів є декарбонізація енергетики, що полягає у підтримці та стимулюванні відновлювальної енергетики в Україні шляхом збільшення виробництва та споживання електричної енергії з відновлювальних джерел. Публічні закупівлі є одним із потенційних засобів збільшення обсягів використання енергії з відновлювальних джерел та захисту навколишнього середовища, адже обсяги таких закупівель є значними. Згідно з даними Світового банку, приблизно 50–70 % національних бюджетів становлять витрати на публічні закупівлі. У середньому загальний обсяг публічних закупівель досягає близько 20 % ВВП у країнах Організації економічного співробітництва та розвитку і 15 % у країнах, які не є членами даної організації [4]. За окремими оцінками, публічні закупівлі становлять одну п'яту світового ВВП [5]. Обсяги закупівель в Україні є також значними – майже 13 % ВВП. При цьому надання переваг «зеленій» енергії під час здійснення міжнародної торгівлі може призводити до проявів дискримінації по відношенню до іноземних учасників, особливо у випадку встановлення вимог використання такої енергії у технічних специфікаціях, і виступає дискусійним питанням серед зарубіжних науковців [6; 7].

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Вимоги до використання енергії з відновлювальних джерел у сфері державних закупівель є досить дискусійним питанням для зарубіжних науковців. Глибокого аналізу цієї проблеми немає і серед українських учених. В Україні наразі не встановлено особливостей здійснення публічних закупівель «зеленої» енергії.

**Формулювання цілей.** Мета статті – обґрунтувати можливості використання публічних закупівель для стимулювання виробництва та споживання електричної енергії з відновлювальних джерел, виявити переваги та ймовірні перешкоди під час здійснення таких закупівель у контексті зобов'язань у межах Угоди про асоціацію з Європейським Союзом (далі – ЄС) та Угоди Світової організації торгівлі (далі – СОТ) про державні закупівлі.

**Виклад основного матеріалу.** Захист навколишнього середовища становить одну з основних цілей, яка повинна враховуватись за різними напрямками політики ЄС. Так, ст. 11 Договору про функціонування ЄС (далі – ДФЄС) закріплює, що вимоги з охорони довкілля повинні бути невід'ємною частиною визначення та реалізації політики і дій Союзу. У ЄС, коли укладається договір про закупівлю на підставі критерію найбільш економічно вигідної пропозиції,

замовник має право надати перевагу електроенергії саме з відновлювальних джерел з метою охорони навколишнього середовища. У минулому Європейська комісія зазначала, що це неможливо і що критерій оцінки пропозиції може мати відношення до захисту навколишнього середовища лише у випадку отримання замовником прямої економічної вигоди, що пов'язана з товарами, роботами та послугами, які закуповувались [8]. На думку Європейської комісії, такий критерій не міг бути пов'язаним з виробництвом або споживанням певних зовнішніх властивостей, які не передбачають прямої економічної вигоди замовнику. На цій підставі критерій щодо надання переваги електроенергії з відновлювальних джерел енергії через те, що вона має менший вплив на навколишнє середовище або збереження природних ресурсів, не був допустимим.

Однак така позиція Європейської комісії не знайшла підтримки у рішенні Суду ЄС *Concordia Bus* [9], згідно з яким замовник – місто Гельсінкі (Фінляндія), який проводив закупівлю послуг з управління мережею автобусного міського транспорту, мав право включати до критеріїв оцінки пропозиції учасника екологічний критерій, що враховує рівень шкідливих викидів та шуму автобусів. Крім того, замовником передбачалося надання додаткових балів учасникам, які мають відповідні програми захисту навколишнього середовища. Питання, що ставилося перед Судом, полягало в тому, чи може замовник включати критерій, який сприяє досягненню цілей екологічної політики, навіть якщо він не має прямої економічної вигоди для замовника, або чи можуть дані цілі бути досягнуті за допомогою інших регуляторних механізмів, а не за рахунок закупівельної процедури.

Цитуючи принцип інтеграції екологічних питань у розроблення та застосування політики ЄС, Суд зазначив, що Директиви ЄС про закупівлі не включають можливості для замовників використовувати під час оцінки найбільш економічно вигідної пропозиції учасників критерій, який пов'язаний із захистом навколишнього середовища. Отже, замовник має право брати до уваги такий критерій із захисту довкілля, як рівень забруднення шкідливими викидами та шумом від автобусів. Критерій оцінки, який береться замовником для визначення найбільш економічно вигідної пропозиції, не обов'язково повинен мати суто економічну природу [9]. Згодом дана позиція підтвердилась у справі Суду ЄС *EVN* [10], коли під час закупівлі критеріями оцінки пропозиції учасників виступали ціна та обсяги електроенергії, яку учасник зможе поставляти саме з відновлювальних джерел. Тобто замовник має право зазначати серед критеріїв оцінки пропозиції електроенергію, яка вироблена з відновлювальних джерел. При цьому Суд ЄС розробив декілька умов, за яких такі критерії можуть застосовуватись у закупівлях. Серед них одну з найбільш важливих функцій виконує пов'язаність із предметом закупівлі. Тобто замов-

ник не має права встановлювати критерієм оцінки пропозиції загальні об'єми виробленої учасником енергії з відновлювальних джерел, а може вимагати тільки в тому об'ємі, який є необхідним і достатнім для виконання конкретного договору про закупівлю.

Проблема може виникати щодо товарів, які вироблені з використанням електроенергії з відновлювальних джерел. У даному випадку є важливим розуміння «пов'язаний з предметом договору про закупівлю», оскільки при закупівлі самої електроенергії встановлюються вимоги щодо джерела енергії (вода, вітер, сонце тощо), тобто процесів її виробництва, яка являє собою кінцевий товар. У випадку виробництва інших товарів джерело енергії підлягає певному процесу для виробництва електроенергії, яка не є кінцевим товаром, а виступає лише одним із елементів для його отримання. Таким чином, можна стверджувати, що такий критерій може бути не зовсім пов'язаним із предметом договору про закупівлю, оскільки він не стосується прямо виробництва кінцевого товару, а має відношення до виробництва проміжного товару – електроенергії, яка буде використана для виробництва кінцевого товару, але не становить його частину. У ЄС, наприклад, це питання остаточно не вирішено, у тому числі Судом ЄС. Але деякі автори, виходячи із політики ЄС щодо необхідності розвитку енергії з відновлювальних джерел, вважають, що замовникам має бути дозволено використовувати критерій оцінки пропозиції, за якого перевагу надаватимуть товарам, які вироблені з використанням електроенергії з відновлювальних джерел [7]. Так, Директива ЄС 2009/28 про заохочення до використання енергії, виробленої з відновлювальних джерел, встановлює мету для держав – членів ЄС – отримання частки щонайменше 20 % енергії, видобутої з відновлювальних джерел у кінцевому сукупному споживанні енергії на території ЄС. При цьому, звичайно, не можна застосовувати критерій, який надає перевагу учасникам, що використовують таку електроенергію для виробництва інших товарів, які не мають відношення до договору про закупівлю, або учасникам, які використовують таку енергію в інших сферах своєї діяльності, що прямо не пов'язані з виробництвом товарів, що закуповуються. Утім даний підхід може спричинити проблеми на практиці, оскільки у випадках складних товарів замовникам досить важко встановити всі етапи, на яких використовувалась електроенергія з відновлювальних джерел. Це надасть замовнику «необмежену свободу» у діях [7]. У справі EVN Суд ЄС зазначив, що коли замовник використовує критерій оцінки пропозиції, по відношенню до якого він не в змозі перевірити правильність інформації, яку надає учасник, це порушує принцип рівного ставлення, оскільки такий критерій не забезпечує прозорість та об'єктивність процедури закупівлі. Таким чином, це має визначатися в кожному випадку окремо.

Утім найбільш складне питання виникає в разі встановлення вимог до електроенергії з відновлювальних джерел під час формування технічних специфікацій. Проблема полягає в тому, що замовник установлює вимоги саме до методів виробництва предмета закупівлі та відповідних процесів (далі – МВП). Тобто в даному випадку беруться до уваги не тільки кінцеві фізичні властивості товару. Коли процеси виробництва завдають шкоду навколишньому середовищу, вони мають зовнішні наслідки, тобто додаткові втрати для довкілля. Це перекладає тягар на платників податків для усунення даного зовнішнього впливу. Таким чином, у межах політики з охорони навколишнього середовища цей зовнішній вплив може стати відповідальністю виробника або користувача товаром, який спричиняє вплив на довкілля. Такі витрати можуть стати внутрішніми, тобто включеними у вартість виробництва. Отже, товари чи послуги, які тягнуть за собою більш серйозні наслідки у своїх МВП, відрізняються від товарів та послуг, які таких наслідків не мають. Це є основою ідеї використання технічних специфікацій, що надають перевагу товарам, які не мають негативного впливу для довкілля. Однак у торгівлі, коли два товари розрізняються у МВП, різниця враховується лише у випадку пов'язаності МВП із кінцевим товаром. Вимоги до методів виробництва є пов'язаними, коли їх можна розрізнити у фізичних властивостях товару на фінальній стадії.

Як правило, у міжнародній торгівлі може бути дозволено різне ставлення до аналогічних або подібних товарів, де вимоги до виробництва можна виділити на стадії споживання. Більш складне питання виникає, коли йдеться про вимоги до виробництва, які не можна розрізнити в кінцевому товарі, оскільки вони вважаються такими, що не пов'язані з предметом договору про закупівлю. Особливо гостро дане питання постає в контексті міжнародної торгівлі, оскільки якщо визнати вимоги до виробництва, які не пов'язані з кінцевим товаром, основою для різного ставлення до аналогічних товарів, тоді буде важко провести чітку «лінію» розмежування між заходами, які вживаються дійсно для захисту навколишнього середовища та тими, які мають протекціоністську мету [6, с. 184]. Наприклад, це може бути у випадку, коли встановлено вимогу до МВП, які вже використовують вітчизняні виробники, і є ймовірним, що такі МВП не застосовуються в інших країнах через значну відмінність у економічній та екологічній ситуації. Таким же чином проблема може виникнути з електроенергією з відновлювальних джерел. Два види електроенергії, а саме: електроенергія, вироблена з відновлювальних джерел, і електроенергія з традиційних джерел, є однаковими в контексті споживання, але є різними на стадії виробництва. Отже, постає питання, чи має право замовник установлювати вимогу саме до виробництва електроенергії з відновлювальних джерел, ніж просто надавати перевагу такій електроенергії під час

оцінки пропозицій учасників. Узагалі в Директивах ЄС про закупівлі немає прямих заборон для цього. Утім через позицію Європейської комісії в ЄС склалася неоднозначна практика та підхід до даного питання.

Попередні Директиви ЄС у сфері закупівель 2004/17 та 2004/18 дозволяли включати вимоги щодо МВП у технічні специфікації. У 2004 р. Європейська комісія у своїх роз'ясненнях зі здійснення «зелених» закупівель зазначала, що оскільки технічні специфікації мають бути пов'язаними з предметом закупівлі, замовник може включати тільки ті вимоги до МВП, які мають вплив на характеристики предмета закупівлі, але він може бути необов'язково видимим [11]. Тоді Європейська комісія зайняла обмежувальну позицію, виходячи з формулювання самого визначення технічних специфікацій у Додатку VI Директиви ЄС 2004/18, яке вимагало, щоб вони дозволяли товару «задовольняти мету використання». Комісія також зазначала, що можна вимагати закупівлю електроенергії, виробленої з відновлювальних джерел, незважаючи на те, що «зелена» електроенергія фізично нічим не відрізняється від електроенергії, яка вироблена з традиційних джерел, і світло, яке йде від використання такої енергії, є таким самим, як і у випадку енергії з традиційних джерел. При цьому Європейська комісія вказує, що природа та вартість кінцевого продукту змінюються через відповідний метод виробництва. Наприклад, енергія з відновлювальних джерел буде, як правило, дорожчою, однак більш чистою за енергію з традиційних джерел. У роз'ясненнях 2011 р. Європейська комісія залишила свою позицію незмінною [12].

Деякі автори вказували на помилку Європейської комісії, оскільки вона в даному випадку говорить не про невидимі характеристики товару на стадії споживання, а про зовнішні характеристики, які пов'язані лише з позицією товару на ринку. П. Кунзлік зазначає, що, виходячи з позиції Європейської комісії, саме попит на енергію дає підстави для вирізнення «зеленої» енергії від традиційної та впливає на цінність і вартість електроенергії [7]. Автор узагалі вважає, що вимоги щодо «зеленої» електроенергії дозволені не тому, що є певні її невидимі характеристики, а тому що такі специфікації в принципі дозволені, оскільки ні Директиви ЄС, ні Договори ЄС не перешкоджають державам надавати цінність екологічним аспектам на стадії виробництва. Тому держави вільні включати такі вимоги.

Нові Директиви ЄС 2014/24 внесли більшу ясність і надали свободу замовникам щодо встановлення вимог до методів виробництва та процесів. Відповідно до ст. 42 Директиви ЄС 2014/24 про закупівлі технічні специфікації можуть містити характеристики, які відносяться до конкретного процесу чи способу виробництва, виконання робіт, надання послуг, постачання товару або конкретного процесу для іншої стадії його життєвого циклу, навіть



якщо такі фактори *не становлять частину матеріальної субстанції* (курсив наш. – В. М.), за умови що вони пов'язані із предметом закупівлі і є пропорційними до його вартості та цілей. Дане положення не було представлено Європейською комісією в першому проекті нових Директив і було додано пізніше під час законодавчого процесу Радою ЄС з метою уточнення, що вимоги до процесів і методів виробництва можуть бути включені до технічних специфікацій, але такі процеси та методи виробництва, на противагу роз'ясненням Європейської комісії, не обов'язково повинні мати вплив на кінцеві характеристики товару або послуги. Наразі у нових роз'ясненнях щодо здійснення «зелених» закупівель Європейська комісія вже використала формулювання із нової Директиви ЄС 2014/24, що методи виробництва можуть бути включені до технічних специфікацій навіть, якщо вони *не становлять частину матеріальної субстанції* (курсив наш. – В. М.). Відповідно до даних роз'яснень обов'язковість пов'язаності з предметом закупівлі залишається, утім вона стосується лише загальних вимог до учасника, які безпосередньо не пов'язані з процесом виробництва товарів, робіт і послуг, наприклад загальної соціальної відповідальності, що мають відношення до всієї діяльності учасника, а не є пов'язаною з конкретною закупівлею. Таке пояснення Європейська комісія дає у проекті нових Директив ЄС про закупівлі 2014 р. [14].

Однак до сих пір дане питання викликає дискусії. Так, ст. 42 Директиви ЄС 2014/24 про закупівлі зазначає, що процеси виробництва не обов'язково повинні впливати на матеріальну субстанцію товару або послуги. У цьому контексті Європейська комісія визнала, що вона дотримувалась такої самої позиції, коли у своїх роз'ясненнях зазначала, що характеристики не обов'язково мають бути видимими. Тобто залишається не закритим питання, у той час як матеріальні та видимі зміни не є обов'язковими, деякі форми зміни нематеріальних і невидимих характеристик товару все ж таки мають бути. Такий висновок походить від визначення технічних специфікацій, від яких відштовхувалась Європейська комісія, коли зазначала про необхідність відображення процесів на кінцевих характеристиках товару, зокрема формулювання «задовольняє мету використання», яка залишилась незмінною в додатку VII Директиви ЄС 2014/24. Якщо виявиться, що Комісія дотримується такої позиції, то замовники зіткнуться зі складними процедурами визначення як матеріальних, так і нематеріальних змін у субстанції. Обережний підхід Європейської комісії можна пояснити через припущення, що МВП у специфікаціях можуть призводити до обмеження торгівлі. Утім, як вважає П. Кунзлік, навіть якщо такі специфікації становлять обмеження для торгівлі, вони мають вважатися такими, що виправдані в тій мірі, у якій вони пов'язані із захистом навколишнього середовища. І за-

значає, що встановлені обов'язкові вимоги у ЄС щодо збільшення виробництва та споживання електроенергії з відновлювальних джерел у контексті енергетичної безпеки та захисту навколишнього середовища мають передбачати право замовників установлювати такі вимоги, особливо у контексті вимог ст. 11 ДФЄС, згідно з якою вимоги з охорони довкілля повинні бути невід'ємною частиною визначення та реалізації політики і дій Союзу [7].

У Законі України «Про публічні закупівлі» прямо не вказано, що технічні специфікації можуть встановлювати вимоги до методів виробництва, утім на практиці такі вимоги встановлюються. У цьому контексті є цікавою постановою Шостого Апеляційного адміністративного суду у справі, у якій розглядається встановлення замовником у тендерній документації дискримінаційних вимог [15]. Предметом закупівлі виступали сталеві труби, попередньо теплоізольовані спіненням поліуретаном із захисною оболонкою для мереж гарячого водопостачання та теплових мереж, які мають відповідати встановленим у тендерній документації стандартам. Як зазначено у справі, даний стандарт не встановлює конкретний метод вспінання, що дає можливість виготовляти предмет закупівлі й іншими технологіями, які будуть відповідати наведеним характеристикам. Замовником було встановлено вимоги щодо конкретного виду вспінання (циклопентанове). Однак учасник-позивач використовує у своєму виробництві інший вид вспінання саме на водній основі. Колегія суддів дійшла висновків, що встановлення такої вимоги дискримінує учасників – виробників продукції, у тому числі позивача, ставить їх у нерівні умови, зважаючи на те, що їхня продукція відповідає вимогам установленого стандарту, але використовується інша технологія вспінання. При цьому, як встановлено, вспінання на водній основі дасть ті самі результати, що при застосуванні циклопентанового вспінання. Тобто суд дотримується позиції, що методи виробництва можуть становити основу для рівного ставлення, лише коли проявляються у фізичних властивостях предмета закупівлі на етапі користування або споживання. Оскільки в даному випадку суд бере до уваги саме якість товару, яка є однаково задовільною, а не методи виробництва, він визнає такі вимоги до методів виробництва в технічних специфікаціях дискримінаційними.

Утім, виходячи із необхідності реалізації цілей з охорони навколишнього середовища в Україні, доцільно запровадити право замовників установлювати вимогу щодо закупівлі електроенергії саме з відновлювальних джерел у технічних специфікаціях, слідуючи підходу Директив ЄС про закупівлі, згідно з якими методи виробництва можуть бути включені до технічних специфікацій, навіть якщо вони не становлять частину матеріальної субстанції предмета закупівлі.



Навіть якщо в межах правил ЄС вимоги в технічних специфікаціях щодо виробництва енергії саме з відновлювальних джерел не тягнуть негативних наслідків, то в межах зобов'язань перед СОТ можуть виникнути певні проблеми. Україна має брати до уваги не лише вимоги Директив ЄС про закупівлі, але і Угоди СОТ про державні закупівлі (далі – УДЗ), повноправним членом якої вона виступає з травня 2016 р. УДЗ поширює основні принципи Генеральної угоди з тарифів і торгівлі (далі – ГАТТ) щодо недискримінації та прозорості на публічні закупівлі та має за мету відкрити ринки закупівель для міжнародної конкуренції, усуваючи дискримінацію між зарубіжними товарами, роботами, послугами та постачальниками. І хоча УДЗ застосовується лише до замовників, які визначені кожною стороною у своїх додатках до Угоди, вони мають слідувати її вимогам.

На відміну від Директив ЄС про закупівлі, УДЗ не закріплює детальний механізм здійснення закупівель, а виступає правовою основою для усунення дискримінації та сприяння прозорості в закупівельній практиці. Згідно зі ст. 1 УДЗ технічні специфікації передбачають право країн встановлювати вимоги до МВП товарів, утім не уточнюється, чи УДЗ дозволяє технічні специфікації, які не пов'язані з предметом закупівлі. Однак згідно з практикою лише МВП, які пов'язані з предметом закупівлі, можуть слугувати основою для різного ставлення між аналогічними або подібними товарами. У даному випадку проблема може полягати в тому, наскільки країна А може встановлювати вимоги до виробництва, наприклад, методи збору врожаю для країни В у якості умови для прийняття товару країни В на території країни А. У якій мірі країна має право регулювати діяльність суб'єктів господарювання, які знаходяться поза межами національної юрисдикції. Як приклад виступає справа щодо захисту дельфінів США. Так, згідно із законодавством США передбачалася заборона імпорту тунця з країн, які використовують відповідні способи вилову тунця. Оскільки тунець часто плаває серед стай дельфінів, то під час вилову тунця часто гинуть дельфіни.

Отже, якщо країна – експортер тунця не може довести, що її способи вилову риби відповідають вимогам законодавства США, то влада США зобов'язана накласти ембарго на імпорт тунця даної країни. Утім це положення було визнано таким, що порушує ст. III ГАТТ (принцип національного режиму, згідно з яким товарам, що походять з території будь-якої сторони, імпортованим на територію будь-якої іншої сторони, повинен надаватися режим, не менш сприятливий, ніж режим, який надається аналогічним товарам національного походження), оскільки порівнюючи, чи тунець, який вироблений у США, та тунець з інших країн виступають «аналогічними або подібними» товарами, тільки характеристики тунця як товару мають брати-

ся до уваги, а не спосіб вилову риби, оскільки якість товару була задовільною. Було визнано, що в даному випадку США не мали права вимагати від іншої країни виконання її внутрішнього національного законодавства, тобто вживати односторонні заходи екстериторіального характеру. Хоча УДЗ, на відміну від ГАТТ, не передбачає поняття «подібні або аналогічні» товари, деякі автори вважають, що поняття «подібний» є невід'ємним від концепції принципу недискримінації і дане поняття мається на увазі, навіть якщо прямо не вказується [6, с. 190].

Основна проблема полягає у фундаментальних цілях, які лежать в основі двох систем. У той час як УДЗ є частиною системи СОТ і спрямована на лібералізацію торгівлі в контексті публічних закупівель, система ЄС, зі свого боку, має охорону навколишнього середовища в основі політики спільного ринку. Метою УДЗ виступає посилення таких цінностей СОТ, як недискримінація та прозорість під час здійснення країнами державних закупівель з метою досягнення лібералізації у світовій торгівлі. Стаття III:1 УДЗ закріплює, що відносно всіх законів, нормативних актів, процедур і практики, які стосуються державних закупівель, охоплених цією Угодою, кожна із Сторін повинна без зволікань та безумовно щодо товарів, послуг і постачальників інших Сторін, які пропонують товари або послуги Сторін, забезпечити режим, не менш сприятливий, ніж: (а) той, який надається національним товарам, послугам і постачальникам, а також (б) той, який надається товарам, послугам і постачальникам будь-якої іншої Сторони.

Преамбула Угоди про заснування СОТ визнає необхідність діяти відповідно до принципу сталого розвитку та захищати навколишнє середовище [16]. Незважаючи на це положення, УДЗ майже не вирішувала питання здійснення «зелених» закупівель. Утім у 2006 р. сторони Угоди вирішили змінити ситуацію та передбачили положення, що дозволяють розробляти та застосовувати технічні специфікації з метою забезпечення збереження природних ресурсів і захисту навколишнього середовища. Однак, як стверджують деякі автори, УДЗ є слабкою для вирішення даних питань [17, с. 16].

Узагалі, у межах УДЗ використання закупівель для досягнення цілей різних напрямів державної політики є достатньо обмеженим. Так, у 2009 р. провінція Онтаріо (Канада) запровадила Програму зі встановлення системи тарифів для стимулювання виробництва енергії з відновлювальних джерел. Відповідно до цієї Програми постачальникам електроенергії, виробленої з відповідних відновлювальних джерел, сплачувалась гарантована ціна за 1 кВт-год. електроенергії, яка поставлялась до електричної системи Онтаріо згідно з договорами. Участь у даній Програмі відкрита для учасників з генеруючими об'єктами, які розташовані саме в Онтаріо і виробляють електроенергію з визначених від-

новлювальних джерел. Тобто було передбачено вимоги щодо мінімального рівня вітчизняної складової. Дані заходи були оскаржені Японією на предмет невідповідності положенням ГАТТ та інших угод СОТ. Група експертів СОТ мала інтерпретувати ст. III:8 ГАТТ, яка передбачає виключення з правила національного режиму ГАТТ публічних закупівель, оскільки Канада стверджувала, що в даному випадку Програма не підпадає під положення ГАТТ, оскільки нормативно-правові акти, які є підставою для створення та реалізації Програми, є актами, що регулюють саме державні закупівлі електроенергії з відновлювальних джерел для державних цілей з метою забезпечення достатнього та надійного постачання електроенергії для споживачів Онтаріо та захищають навколишнє середовище без мети комерційного перепродажу. А вимога щодо вітчизняної місцевої складової є необхідною для забезпечення адекватного та надійного постачання чистої енергії. Крім того, провінція Онтаріо мала за мету створити робочі місця шляхом довгострокових інвестицій у об'єкти відновлювальної енергетики з місцевими ресурсами. У цій справі інтерес викликає роз'яснення саме Апеляційного органу, у якому значна увага приділяється визначенню поняття «публічні закупівлі» [18]. І найбільші протиріччя викликає саме позиція ЄС як третьої сторони у спорі. ЄС зазначає, що нормативно-правові акти та вимоги, згідно зі ст. III:8 ГАТТ, мають бути пов'язаними з предметом про закупівлю, тобто товарами, які закупаються для державних цілей. І ст. III:8 ГАТТ не охоплює вимоги або умови, які не пов'язані з внутрішніми характеристиками або природою товару, який закупаються.

В іншому випадку дана стаття дозволятиме дискримінаційні вимоги, що поширюються далеко за дійсний предмет закупівлі. ЄС вважає, що вимоги стосовно рівня вітчизняної складової не охоплюються ст. III:8 ГАТТ, оскільки вони стосуються саме генеруючого обладнання, тобто продукту, який є іншим та повністю не пов'язаним із продуктом, який закупається замовником, тобто електроенергією. ЄС зазначив, що ст. III:8 ГАТТ охоплює також технічні специфікації, однак умови або характеристики, які є екзогенними до предмета закупівлі, такі як Програма Онтаріо, не підпадають під ст. III:8 ГАТТ, оскільки не мають «раціонального зв'язку» з атрибутами електроенергії, яку закупаються.

Також ЄС звернувся до Апеляційного органу щодо визнання спірним положенням Групи експертів у цій справі щодо визначення «державних цілей» у закупівлях. Група експертів визначила, що ст. III:8 ГАТТ охоплює державні закупівлі «для встановленої державою мети». Утім ЄС не погоджується з таким тлумаченням і вважає, що словосполучення «закупівля для державних цілей» означає закупівлі товарів, які необхідні для підтримки роботи та функцій держави. Таким чином, вони мають бути використані або спожиті державними замовниками в контексті їх адміністративних завдань або в контексті виконання їх функцій. Згідно з позицією ЄС вирішальним фактором виступає,

чи буде використаний товар замовником, який він придбав. При цьому ЄС вважає, що поняття «цілі» має розумітися в контексті ситуації, в якій державні замовники не зможуть виконувати свої функції без використання товару, який був придбаний. Такі цілі можуть включати закупівлі товарів для того, щоб надавати послуги громадянам. ЄС стверджує, що функції органів влади зазвичай обмежені їхніми конституційними повноваженнями. Цілі можуть бути різними залежно від ролі держави в суспільстві. Оскільки державні функції, які охоплюються ст. III:8 ГАТТ, не мають визначатися абстрактно, є доцільним розглядати в цьому контексті лише типові державні функції.

Крім того, ЄС зазначає, що цілі та потреби держави не можуть включати закупівлі з метою реалізації будь-яких цілей державної політики, якщо в цьому випадку не будуть використані товари замовниками, адже в іншому випадку публічні закупівлі зможуть уникати дії зобов'язання національного режиму відповідно до ГАТТ.

ЄС вважає, що поняття «державні цілі» збігається з фразою «товари для негайного та повного споживання під час використання державою» і закупівля урядом Онтаріо електроенергії не здійснювалась для державних цілей, тому що вона не використовувалась безпосередньо урядом Онтаріо.

Таким чином, якщо електроенергія не використовувалась для свого власного споживання або для виконання державних функцій замовником, таких як надання послуг, це не може вважатися закупівлею, а отже, не підпадає під дію ст. III:8 ГАТТ. При цьому ЄС нівелює можливість використання закупівель для реалізації цілей екологічної політики, стверджуючи, що створення системи зі стабільним, надійним і достатнім постачанням електроенергії з джерел відновлювальної енергії є законною ціллю державної політики, утім не є наданням державних послуг.

Норвегія також підтримала позицію ЄС, вважаючи таке визначення досить широким, що може включати будь-які ситуації, де замовник заковує товар для певної мети держави. Таке розуміння призведе до того, що будь-яка закупівля держави буде вважатися для «державних цілей», оскільки кожна закупівля буде включати певну мету. Позиція Канади, як і Групи експертів СОТ, полягає в тому, що поняття «державні цілі» є достатньо широким, не погоджується із твердженням ЄС щодо визначення цілей через потреби. Державні цілі мають відношення до понять «бачення» або «мета». Навіть якщо визначати цілі через потреби, є незрозумілим, чому закупівля для потреб є закупівлею лише для споживання або фізичного використання державою. Утім Апеляційний орган підтримав позицію саме ЄС і зазначив, що у випадку ст. III:8 ГАТТ ціль означає потребу, згідно з якою товари та послуги, які придбані замовниками, мають бути спожиті напряму замовниками в межах виконання їхніх функцій. Тобто в межах СОТ була обрана обмежувальна по-

зиція щодо можливості реалізації інших цілей через закупівлі, які не мають безпосередньої економічної вигоди для замовника, тобто не споживається ним під час виконання своїх функцій. Це, у свою чергу, може знівелювати можливості реалізовувати цілі з охорони навколишнього середовища через публічні закупівлі в межах СОТ і встановлювати вимоги в технічних специфікаціях щодо виробництва електроенергії саме з відновлювальних джерел.

При цьому країна – член УДЗ може скористатись виключеннями з-під дії УДЗ відповідно ст. XXIII Угоди, серед яких зазначено заходи, пов'язані із захистом життя чи здоров'я людей, тварин та рослин. Оскільки наразі ще відсутні справи, які б вирішувались органом з вирішення спорів у межах УДЗ, буде проаналізовано таку практику в межах ГАТТ. У контексті питань із захисту навколишнього середовища ст. XX ГАТТ та ст. XXIII УДЗ щодо виключень є майже ідентичними.

Ст. XX ГАТТ	Ст. XXIII УДЗ
<p>За умови, що такі заходи не повинні застосовуватися у спосіб, який би являв собою засіб свавільної чи невинуватної дискримінації між країнами, в яких переважають однакові умови або приховане обмеження міжнародної торгівлі, ніщо в цій Угоді не повинно тлумачитися таким чином, щоб перешкоджати введенню або застосуванню будь-якою стороною заходів: <i>(b) необхідних для захисту життя чи здоров'я людей, тварин та рослин</i></p>	<p>З метою забезпечення вимоги про те, що такі заходи не застосовуються способом, який би дав підґрунтя для встановлення довільної та невинуватної дискримінації між країнами, у яких превалюють однакові умови, або прихованого обмеження міжнародної торгівлі, ніщо в цій Угоді не повинно бути інтерпретовано з метою запобігання будь-якій Стороні встановлювати або застосовувати наступні заходи: ті, що є необхідними для захисту життя чи здоров'я людей, тварин та рослин</p>

На основі такої ідентичності формулювання статей можна припустити, що виключення, які стосуються охорони довкілля, передбачені ст. XXIII УДЗ, можуть бути застосовувані аналогічним чином відповідно до ст. XX ГАТТ. Деякі автори вважають, що заходи із захисту життя чи здоров'я людей, тварин і рослин можуть включати і переваги енергії з відновлювальних джерел, ураховуючи ризики та шкоду, які тягнуть за собою традиційні джерела генерації енергії [19]. При цьому країна, яка бажає застосувати ст. XX (b) ГАТТ, має довести:

1) захід, який вживає країна, спрямований саме на реалізацію розробленої в державі політики із захисту життя чи здоров'я людей, тварин і рослин;

2) захід є *необхідним* (курсив наш. – В. М.) для досягнення цілей відповідного напрямку політики;

3) захід застосовується відповідно до умов, передбачених ст. XXIII УДЗ, зокрема не передбачає невинуватеної дискримінації та не приховує обмеження в міжнародній торгівлі [20].

Важливою умовою для застосування виключення виступає доведення необхідності вжиття заходу. У справі «Тайланд-цигарки» група експертів СОТ вказала на «необхідність» у контексті відсутності заходу, який справляє найменш обмежувальний вплив на торгівлю і є необхідним для досягнення відповідної цілі політики [21]. Тобто має бути відсутньою альтернатива у вигляді заходу, який відповідає положенням ГАТТ. Однак із часом відбулися певні зміни у тлумаченні вимоги з «необхідності», коли вона пройшла шлях від найменш обмежувального впливу до менш обмежувального впливу із застосуванням принципу пропорційності [20, с. 25]. У справі «ЄС-азбест» Апеляційний орган указав, що держави – члени СОТ мають право визначати рівень захисту здоров'я, який вони вважають необхідним за умов, які склалися [22]. При цьому, згідно з даною справою, важливо зважити та знайти баланс між різними факторами, зокрема впливом заходу на політику, яка реалізується; важливістю загальних інтересів і цінностей, які захищаються, та впливом на торгівлю. Якщо орган із вирішення спорів СОТ вирішить на основі цих факторів, що альтернативний захід відсутній, вимога щодо «необхідності» буде задоволена. Так, перший фактор передбачає зв'язок між закупівлею та політикою з охорони навколишнього середовища, яка реалізується. Цей зв'язок може бути обґрунтований шляхом надання доказів щодо позитивного впливу на навколишнє середовище, який може бути досягнутий за допомогою саме закупівель. Тобто якщо закупівлі певних «зелених» товарів значно впливають на зменшення рівня шкоди навколишньому середовищу, це збільшить шанси визнання заходу необхідним. Другий фактор передбачає важливість досягнення цілей з охорони довкілля. Можна стверджувати, що захист життя та здоров'я людини є цінністю, яка має «важливість найвищого рівня» [22]. Третій фактор передбачає дотримання умов, закріплених у ст. XX ГАТТ. Так, у справі «США-креветки» Апеляційний орган зазначив, що малося на увазі під «невиправданою» дискримінацією. По-перше, було наголошено, що перед тим як установлювати заборону на експорт креветок, важливо було провести міжнародні переговори зі всіма зацікавленими сторонами з метою укладання угод для захисту черепах, які часто при вилові креветок потрапляють у сіті. По-друге, захід має продемонструвати гнучкість у його застосуванні, тобто необхідно брати до уваги різні ситуації, які можуть існувати у країнах-експортерах. І саме непохитність та негнучкість заходу тягне за собою також і свавільну дискримінацію [23]. Щодо прихованого обмеження торгівлі органи



вирішення спорів СОТ здійснюють посилення на прозорість. У випадку закупівель це може передбачати, що закупівлі проведені відповідно до порядку, передбаченого УДЗ, і вони матимуть більше шансів не вважатися такими, що приховують обмеження торгівлі. Крім того, якщо закупівлі не передбачають прямі переваги для вітчизняних постачальників, такі обмеження навряд чи будуть визнані органом вирішення спорів СОТ. Однак слід указати, що основні історичні спори СОТ, які стосувались питань захисту навколишнього середовища, не пройшли саме цей етап. Наприклад, у справах «США-креветки» і «США-бензин» [24] орган з вирішення спорів СОТ визнав, що екологічні заходи, які були застосовані США, відповідали виключенням ст. XX ГАТТ, утім не визнав факт їх застосування на недискримінаційній основі. Лише в одній справі СОТ «ЄС-азбест» було доведено дотримання умов, закріплених у ст. XX ГАТТ.

Проблема також може полягати в тому, що тягар доведення необхідності вжиття заходу з охорони навколишнього середовища лежить саме на країні, яка його застосовує. Так, у справі «США-бензин» Апеляційний орган СОТ зазначив, що сторона, яка бажає реалізувати право на виключення з-під дії ГАТТ, повинна не тільки довести, що захід, який не відповідає правилам СОТ, підпадає під таке виключення, але і що захід відповідає умовам, передбаченим ст. XX ГАТТ, зокрема не тягне за собою невинуватого дискримінації та не приховує обмеження в міжнародній торгівлі.

Як правило, «зелені» закупівлі є дискримінаційними де-факто, а не де-юре, адже зазвичай не встановлюють вимог щодо країни походження товарів або залучення у виконання робіт лише вітчизняних працівників. Дискримінаційний ефект проявляється на етапі виконання вимог законодавства, зокрема національного, з метою захисту навколишнього середовища. Часто такі вимоги є диспропорційно витратними та дорожчими для зарубіжних постачальників і виробників. Прикладом є справа СОТ «США-авто» [25]. Перед Групою експертів було поставлено питання, чи податок США на певні види або класи автомобілів порушував ст. III. 2 ГАТТ про національний режим щодо внутрішнього оподаткування. Податок був уведений США з метою стимулювання виробництва більш енергоефективних машин. Податок застосовувався незалежно від країни походження автомобілів та їх виробників. Однак ЄС і Швеція не погодились із застосуванням таких податків на автомобілі, які вони виробляють. Група експертів установила, що такі податкові заходи є нейтральними стосовно вимог про походження і не стягуються таким чином, щоб захищати національну продукцію, а отже, відповідають вимогам ГАТТ. Тобто якщо захід має дискримінаційний характер де-факто, тоді Група експертів СОТ розглядає мету такого заходу та його вплив з метою виявлення порушен-

ня ст. III ГАТТ. Група експертів також зазначила, що навіть якщо б такий захід порушував би ст. III ГАТТ, мета введення таких податків є законною, тоді можливо застосувати перелік виключених з-під дії ст. III ГАТТ (у цій справі з метою захисту навколишнього середовища та збереження енергії). Тобто заходи із «зелених» закупівель можуть бути застосовані відповідно до виключень, передбачених ст. XX ГАТТ. Утім слід пам'ятати, що дискримінаційні заходи де-факто розглядаються на таких самих умовах, як і дискримінаційні заходи де-юре. Сторона, яка застосовує заходи, що є дискримінаційними де-факто, має нести такий самий тягар доказування, як у випадку дискримінаційних заходів де-юре.

У контексті можливостей досягнення цілей з охорони навколишнього середовища шляхом установаження вимог із закупівлі електроенергії саме з відновлювальних джерел в Україні, зокрема доведення такої необхідності, цікавою є справа Харківського апеляційного господарського суду про визнання недійсними як результатів публічної закупівлі, так і договору про закупівлі товарів. Відділом освіти виконавчого комітету Роменської міської ради Сумської області було оголошено тендер на закупівлю вершкового масла та молочної пасти для дошкільних навчальних закладів та оздоровчого табору. Серед вимог замовник установив надання учасником експлуатаційного дозволу (якщо учасник не виробник, то договір представництва чи дистрибуційний договір з копією експлуатаційного дозволу виробника). Прокурор, який виступав позивачем в інтересах держави, зазначав, що дана вимога є дискримінаційною, оскільки обмежує права учасників процедури закупівлі, які не є офіційними представниками виробника (дилерами, дистриб'юторами), а здійснюють закупівлю товару в інших учасників ринку (посередницьких структур). Суд зазначив, що дискримінація – це ситуація, за якої особа або група осіб зазнає обмежень у визнанні, реалізації або користуванні правами і свободами в будь-якій формі, крім випадків, коли таке обмеження має правомірну, об'єктивну, обґрунтовану мету, способи досягнення якої є належними та необхідними. Відмінність у поводженні становить дискримінацію, якщо вона «не має об'єктивного і достатнього виправдання», тобто якщо вона не має «легітимної мети» або якщо не забезпечено «належного пропорційного співвідношення між використаними засобами та поставленою метою». Прямая дискримінація полягає в застосуванні без об'єктивного й розумного обґрунтування різного поводження щодо осіб, які перебувають в однаковій ситуації, тобто йдеться про незаконну відмінність у поводженні з особами, що перебувають у схожій ситуації. При цьому Суд посилається на ряд рішень Європейського суду з прав людини [26; 27]. Далі Суд обґрунтовує легітимну мету для прояву дискримінації в даній справі. Так, він посилається на ст. 3 Закону

України «Про дошкільну освіту», згідно з якою держава визнає пріоритетну роль дошкільної освіти та створює належні умови для її здобуття. Держава, зокрема, піклується про збереження та зміцнення здоров'я, психологічний і фізичний розвиток дітей. Крім того, в Україні діє Порядок організації харчування дітей у навчальних та оздоровчих закладах, затверджений наказом Міністерства охорони здоров'я України, Міністерства освіти і науки України, яким встановлено, що під час прийняття рішень тендерними комітетами надається перевага постачальникам із прямими поставками та поставками з найменшою кількістю посередників. Таким чином, визначення в тендерній документації такої умови, як наявність договору представництва чи дистрибуційного договору, зумовлена необхідністю належного виконання обов'язку, покладеного на органи місцевого самоврядування щодо охорони та життя дітей, у тому числі при забезпеченні харчування дітей у дошкільних навчальних закладах шляхом постачання якісних і безпечних продуктів та недопущення порушення норм харчування, визначених законодавством України, а отже, має об'єктивне та розумне обґрунтування і відповідно не є дискримінаційною умовою по відношенню до інших учасників [28]. Тобто дискримінаційні прояви обґрунтовуються метою збереження та зміцнення здоров'я дітей. У цьому контексті вимоги до МВП, зокрема щодо виробництва енергії саме з відновлювальних джерел, можуть бути виправдані метою необхідності вжиття заходів з охорони навколишнього середовища.

**Висновки.** Виходячи з потреби в забезпеченні енергетичної безпеки держави та боротьби проти змін клімату, система публічних закупівель має визнати право держави надавати перевагу закупівлям енергії з відновлювальних джерел енергії навіть за умови, що вона може призводити до дискримінації де-факто. Однак у межах зобов'язань України перед ЄС і СОТ можуть виникати потенційні перешкоди, що обумовлено основними цілями двох систем публічних закупівель ЄС і СОТ, які полягають у забезпеченні максимальної лібералізації ринків закупівель та усуненні бар'єрів у торгівлі.

У межах зобов'язань перед ЄС Україна має більше можливостей у реалізації цілей зі збільшення частки енергії з відновлювальних джерел у національному енергетичному балансі в межах системи публічних закупівель, що обумовлено поступовою інтеграцією певних цілей, зокрема, з охорони навколишнього середовища в різні політики ЄС. Так, замовники мають право надавати перевагу учасникам закупівель, які постачають електроенергію саме з відновлювальних джерел, через встановлення даної вимоги у критеріях оцінки пропозиції. Утім проблема може виникати у випадку встановлення такої вимоги в технічних специфікаціях, адже електроенергія з відновлювальних і традиційних джерел є однаковою на стадії споживання, і різне ставлен-

ня між аналогічними товарами на підставі МВП може призводити до дискримінації. Однак, незважаючи на неоднозначну позицію Європейської комісії, вважається за доцільне слідувати підходу нових Директив ЄС про закупівлі, згідно з якими методи виробництва можуть бути включені до технічних специфікацій, навіть якщо вони не становлять частину матеріальної субстанції предмета закупівлі. При цьому має бути встановлено обмеження щодо пов'язаності з предметом закупівлі, яке полягатиме в забороні встановлювати вимоги щодо загальної діяльності учасника, які не пов'язані з процесом виробництва для конкретної закупівлі. Прикладом таких вимог виступають максимальні обсяги електроенергії з відновлювальних джерел, які може виробити учасник, а не обсяги, які необхідні для певної закупівлі.

Навряд чи Україна може запровадити горизонтальні цілі, які відповідають детальним процедурам ЄС, утім порушують УДЗ. УДЗ має у своїй основі обмежувальний підхід до реалізації цілей з охорони навколишнього середовища, а питання надання переваги товару на основі МВП, які не відображаються у фізичних властивостях такого товару, має до сих пір дискусійний характер серед країн – членів СОТ. Однак у випадку встановлення вимог у технічних специфікаціях щодо виробництва електроенергії саме з відновлювальних джерел, що може призвести до дискримінації учасників, які пропонують електроенергію з традиційних джерел, Україна має право виправдати необхідність таких закупівель відповідно до ст. III УДЗ щодо винятків, серед яких зазначено заходи, пов'язані із захистом життя чи здоров'я людей, тварин та рослин.

Оскільки тягар доведення необхідності застосування виключення з-під дії УДЗ лежить на країні, яка хоче скористатися таким виключенням, Україна у разі встановлення вимог щодо закупівлі електроенергії з відновлювальних джерел має довести, що:

1. Захід охоплюється відповідною політикою, яка спрямована на захист життя чи здоров'я людини, тварини або рослини. Так, політика, яка передбачає пріоритетність закупівель енергії з відновлювальних джерел, спрямована на боротьбу з глобальним потеплінням шляхом зменшення викидів CO<sub>2</sub>. Вона може бути віднесена до політики, спрямованої на захист життя чи здоров'я людей, тварин та рослин.

2. Захід є необхідним для досягнення цілі політики:

- має значний вплив на політику, яка реалізується;
- загальні інтереси та цінності, які захищаються, мають важливе значення;
- альтернативні заходи, які можуть забезпечити досягнення такої ж цілі і які є менш обмежувальними для торгівлі, відсутні. У даному випадку важливо довести зв'язок між публічною закупівлею та політикою з охорони навко-

лишнього середовища. Наприклад, за деякими дослідженнями, проведеними у ЄС, якщо державні замовники в ЄС перейшли б на більш «зелені» джерела електроенергії, вони могли б уникнути викидів 60 млн тонн CO<sub>2</sub> [29].

3. Захід застосовується відповідно до умов, установлених ст. XXIII УДЗ, зокрема, не передбачає невиправданої дискримінації та не приховує обмеження в міжнародній торгівлі. Навіть якщо буде пройдено тест на необхідність заходу, на даному етапі необхідно довести, що захід застосовується на недискримінаційній основі.

## СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ

1. Про схвалення Енергетичної стратегії України на період до 2035 року «Безпека, енергоефективність, конкурентоспроможність»: розпорядж. Каб. Міністрів України від 18.08.2017 № 605-р. *Урядовий кур'єр*. 2017. № 167.
2. Цілі сталого розвитку: Україна: Нац. доповідь. 2017. URL: [http://un.org.ua/images/SDGs\\_NationalReportUA\\_Web\\_1.pdf](http://un.org.ua/images/SDGs_NationalReportUA_Web_1.pdf) (дата звернення: 01.04.2019).
3. Стратегія низьковуглецевого розвитку України до 2050 року. URL: <https://menr.gov.ua/files/docs/Проект%20Стратегії%20низьковуглецевого%20розвитку%20України%20.pdf> (дата звернення: 09.04.2019).
4. Public procurement as a tool for promoting more sustainable consumption and production patterns: Sustainable development. United Nations Department of Economic and Social Affairs. 2008. URL: <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/no5.pdf> (дата звернення: 09.04.2019).
5. The role of public procurement policy in driving industrial development. United Nations Industrial Organization. 2017. URL: [https://www.unido.org/sites/default/files/2017-07/WP\\_8\\_FINAL\\_0.pdf](https://www.unido.org/sites/default/files/2017-07/WP_8_FINAL_0.pdf) (дата звернення: 09.04.2019).
6. Malumfashi G. "Green" public procurement policies, climate change mitigation and international trade regulation: an assessment of the WTO Agreement on Government Procurement. 2010. URL: <https://discovery.dundee.ac.uk/en/studentTheses/green-public-procurement-policies-climate-change-mitigation-and-i> (дата звернення: 09.04.2019).
7. Kunzlik P. The procurement of "green energy". *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions* / Eds. S. Arrowsmith, P. Kunzlik. Cambridge University Press, 2009. URL: <https://www.cambridge.org/core/books/social-and-environmental-policies-in-ec-procurement-law/B09A27A816230BAF8BE037E3C8F99323> (дата звернення: 09.04.2019).
8. Interpretative communication of the Commission on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating environmental considerations into public procurement. COM 2001. 274 final. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0274&from=HR> (дата звернення: 09.04.2019).

9. 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> (дата звернення: 09.04.2019).
10. 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> (дата звернення: 09.04.2019).
11. Buying green! A handbook on environmental public procurement / European Commission. 2004. URL: [http://ec.europa.eu/environment/archives/gpp/buying\\_green\\_handbook\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/environment/archives/gpp/buying_green_handbook_en.pdf) (дата звернення: 09.04.2019).
12. Buying green! A handbook on green public procurement. 2<sup>nd</sup> Edition / European Commission. 2011. URL: [http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/Buying\\_green\\_second\\_edition\\_2011.pdf](http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/Buying_green_second_edition_2011.pdf) (дата звернення: 09.04.2019).
13. Buying green! A handbook on green public procurement. 3<sup>rd</sup> Edition / European Commission. 2016. URL: <http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/Buying-Green-Handbook-3rd-Edition.pdf> (дата звернення: 09.04.2019).
14. Ganley S. D. “Green product” procurement policy in the European Union: treatment of lifecycle carbon analysis and environmental PPM restrictions. 2013. URL: <http://wordpress.ei.columbia.edu/climate-change-law/files/2016/06/Ganley-2013-12-Green-Product-Procurement-Policy-in-EU-pdf> (дата звернення: 09.04.2019).
15. Постанова Шостого Апеляційного адміністративного суду. Справа № 826/10756/17 від 20.02.2019. URL: [http://reyestr.court.gov.ua/Review/79996592?fbclid=IwAR2M85eZpn2wKYhj7uns4g-IJFLuTMmSEybi\\_C\\_wa9PySrbr5wypMFkyHPI](http://reyestr.court.gov.ua/Review/79996592?fbclid=IwAR2M85eZpn2wKYhj7uns4g-IJFLuTMmSEybi_C_wa9PySrbr5wypMFkyHPI) (дата звернення: 09.04.2019).
16. Agreement establishing the World Trade Organization. URL: [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/04-wto.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf) (дата звернення: 09.04.2019).
17. Zang M. Q. Green Public Procurement in China and the WTO Agreement on Government Procurement: is it hard to be “fairly” green? *Jean Monnet Working Paper*. 04/11. URL: <http://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/2014/12/110401.pdf> (дата звернення: 09.04.2019).
18. Canada – certain measures affecting the renewable energy generation sector, Canada – measures relating to the Feed-in tariff program: Report of the Appellate Body. WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R. 2013. URL: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds412\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds412_e.htm) (дата звернення: 09.04.2019).
19. Malumfashi G. I. Procurement policies, Kyoto compliance and the WTO Agreement on Government Procurement: the case of the EU green electricity procurement and the PPMs debate. *International trade regulation and the mitigation of climate change / Edt T. Cottier, O. Nartova, S. Z. Bigdeli*. Cambridge University Press, 2009. P. 328–350.
20. Asselt H. Green government procurement and the WTO. 2003. URL: [http://archive.sustainable-procurement.org/fileadmin/files/Other\\_publications/wto-gpa\\_environment.pdf](http://archive.sustainable-procurement.org/fileadmin/files/Other_publications/wto-gpa_environment.pdf) (дата звернення: 09.04.2019).
21. Thailand – Restrictions on importation of and internal taxes on cigarettes: Report of the Panel. DS10/R-37S/200. 1990. URL: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/gatt\\_e/90cigart.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/90cigart.pdf) (дата звернення: 09.04.2019).



22. European Communities – Measures affecting asbestos and asbestos-containing products: Report of the Appellate Body. WT/DS135/AB/R. 2001. URL: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/ExportFile.aspx?id=1236&filename=Q/WT/DS/135ABR.pdf](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/ExportFile.aspx?id=1236&filename=Q/WT/DS/135ABR.pdf) (дата звернення: 09.04.2019).
23. United States – import prohibition of certain shrimp and shrimp products: Report of the Appellate Body. WT/DS58/AB/R. 1998. URL: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/ExportFile.aspx?id=58544&filename=Q/WT/DS/58ABR.pdf](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/ExportFile.aspx?id=58544&filename=Q/WT/DS/58ABR.pdf) (дата звернення: 09.04.2019).
24. US-Gasoline. URL: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/1pagesum\\_e/ds2sum\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds2sum_e.pdf) (дата звернення: 09.04.2019).
25. EU versus US: car taxes. URL: [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/envir\\_e/edis06\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis06_e.htm) (дата звернення: 09.04.2019).
26. Справа «Пічкур проти України» (Заява № 10441/06) / Європейський суд з прав людини. *Офіційний вісник України*. 2014. №43. Ст. 1157.
27. Справа «Вілліс проти Сполученого Королівства» (заява № 36042/97). *Практика Європейського суду з прав людини. Рішення. Коментарі*. 2002. №3.
28. Постанова Харківського апеляційного господарського суду. Справа №920/353/17 від 26.09.2017. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69258468> (дата звернення: 09.04.2019).
29. Does Greening Public Procurement contravene Trade Laws? 2007. URL: [http://ec.europa.eu/environment/integration/research/newsalert/pdf/69na3\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/environment/integration/research/newsalert/pdf/69na3_en.pdf) (дата звернення: 09.04.2019).

## REFERENCES

1. Pro skhvalennia Enerhetychnoi stratehii Ukrainy na period do 2035 roku Bezpeka, enerhoefektyvnist, konkurentospromozhnist: Rozporiadzhennia Kabinetu Ministriv Ukrainy vid 18.08.2017. № 605-r [On Approval of the Energy Strategy of Ukraine for the period up to 2035 Safety, Energy Efficiency, Competitiveness. Order of the Cabinet of Ministers of Ukraine dated August 18, 2017. 605-r]. (2017). *Uriadovyi kurier – Government Courier*, 167 [in Ukrainian].
2. Ministerstvo ekonomichnoho rozvytku i torhivli Ukrainy (2017). *Tsili staloho rozvytku: Ukraina. Natsionalna dopovid [Sustainable Development Goals: Ukraine. National report]*. Retrieved from [http://un.org.ua/images/SDGs\\_NationalReportUA\\_Web\\_1.pdf](http://un.org.ua/images/SDGs_NationalReportUA_Web_1.pdf) [in Ukrainian].
3. *Stratehiia nyzkovuhletsevoho rozvytku Ukrainy do 2050 roku [Strategy of low carbon development of Ukraine till 2050]*. (2017). Retrieved from <https://menr.gov.ua/files/docs/Проект%20Стратегії%20низьковуглецевого%20розвитку%20України%20.pdf> [in Ukrainian].
4. Public procurement as a tool for promoting more sustainable consumption and production patterns (2008, August). *Sustainable Development Innovation Briefs*. Retrieved from <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/no5.pdf>.
5. United Nations Industrial Organization (2017). *The role of public procurement policy in driving industrial development*. Retrieved from [https://www.unido.org/sites/default/files/2017-07/WP\\_8\\_FINAL\\_0.pdf](https://www.unido.org/sites/default/files/2017-07/WP_8_FINAL_0.pdf).

6. Malumfashi, G. (2010). «Green» public procurement policies, climate change mitigation and international trade regulation: an assessment of the WTO Agreement on Government Procurement. Retrieved from <https://discovery.dundee.ac.uk/en/studentTheses/green-public-procurement-policies-climate-change-mitigation-and-i>.
7. Kunzlik, P. (2009). The procurement of «green energy». *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions*. Cambridge University Press. Retrieved from <https://www.cambridge.org/core/books/social-and-environmental-policies-in-ec-procurement-law/B09A27A816230BAF8BE037E3C8F99323>.
8. Interpretative communication of the Commission on the Community law applicable to public procurement and the possibilities for integrating environmental considerations into public procurement (2001, November 28). *Official Journal of the European Communities*, 2001/C 333/07. Retrieved from <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52001DC0274&from=HR>.
9. Case C-513/99, Concordia Bus Finland (2002, September 17). *E. C. R. I-07213*. Retrieved from <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-513/99>.
10. Case C-448/01, EVN AG and Wienstrom GmbH v Republic Austria (2003). *E. C. R. I-14527*. Retrieved from <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?docid=71234&doclang=EN>.
11. European Commission (2004). *Buying green! A handbook on environmental public procurement*. Retrieved from [http://ec.europa.eu/environment/archives/gpp/buying\\_green\\_handbook\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/environment/archives/gpp/buying_green_handbook_en.pdf).
12. European Commission (2011). *Buying green! A handbook on green public procurement*. 2<sup>nd</sup> Edition. Retrieved from [http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/Buying\\_green\\_second\\_edition\\_2011.pdf](http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/Buying_green_second_edition_2011.pdf).
13. European Commission (2016). *Buying green! A handbook on green public procurement*. 3<sup>rd</sup> Edition. Retrieved from <http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/Buying-Green-Handbook-3rd-Edition.pdf>.
14. Ganley, S. D. (2013). «Green product» procurement policy in the European Union: treatment of lifecycle carbon analysis and environmental PPM restrictions. Retrieved from <http://wordpress.ei.columbia.edu/climate-change-law/files/2016/06/Ganley-2013-12-Green-Product-Procurement-Policy-in-EU-.pdf>.
15. *Postanova Shostoho Apeliatsiinoho administratyvnoho sudu. Sprava vid 20.02.2019. 826/10756/17 [Resolution of the Sixth Appeal Administrative Court. Case dated February 20, 2019. 826/10756/17.* (2019). Retrieved from [http://reyestr.court.gov.ua/Review/79996592?fbclid=IwAR2M85eZpn2wKYhj7uns4g-IJFLuTMmSEybi\\_C\\_wa9PySrbr5wypMFkyHPI](http://reyestr.court.gov.ua/Review/79996592?fbclid=IwAR2M85eZpn2wKYhj7uns4g-IJFLuTMmSEybi_C_wa9PySrbr5wypMFkyHPI) [in Ukrainian].
16. *Agreement establishing the World Trade Organization*. (n. d.). Retrieved April 09, 2019, from [https://www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/04-wto.pdf](https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf).
17. Zang, M. Q. (2011). Green Public Procurement in China and the WTO Agreement on Government Procurement: is it hard to be «fairly» green? *Jean Monnet Working Paper 04/11*. Retrieved from <http://jeanmonnetprogram.org/wp-content/uploads/2014/12/110401.pdf>.

18. Canada – certain measures affecting the renewable energy generation sector, Canada – measures relating to the Feed-in tariff program. (2013). *Report of the Appellate Body. WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R*. Retrieved from [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds412\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds412_e.htm).
19. Malumfashi, G. I. (2009). Procurement policies, Kyoto compliance and the WTO Agreement on Government Procurement: the case of the EU green electricity procurement and the PPMs debate. *International trade regulation and the mitigation of climate change*. Cambridge University Press. Pp. 328–350.
20. Asselt, H. (2003). *Green government procurement and the WTO*. Retrieved from [http://archive.sustainable-procurement.org/fileadmin/files/Other\\_publications/wto-gpa\\_environment.pdf](http://archive.sustainable-procurement.org/fileadmin/files/Other_publications/wto-gpa_environment.pdf).
21. Thailand – Restrictions on importation of and internal taxes on cigarettes. (1990). *Report of the Panel. DS10/R-37S/200*. Retrieved from [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/gatt\\_e/90cigart.pdf](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/gatt_e/90cigart.pdf).
22. World trade organization (2001). European Communities – Measures affecting asbestos and asbestos-containing products. *Report of the Appellate Body. WT/DS135/AB/R*. Retrieved from [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/ExportFile.aspx?id=1236&filename=Q/WT/DS/135ABR.pdf](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/ExportFile.aspx?id=1236&filename=Q/WT/DS/135ABR.pdf).
23. World trade organization (1998). United States – import prohibition of certain shrimp and shrimp products. *Report of the Appellate Body. WT/DS58/AB/R*. Retrieved from [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE\\_Search/ExportFile.aspx?id=58544&filename=Q/WT/DS/58ABR.pdf](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/ExportFile.aspx?id=58544&filename=Q/WT/DS/58ABR.pdf).
24. World trade organization (1996). *US-Gasoline*. Retrieved from [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds2\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds2_e.htm)
25. World trade organization (n. d.). *EU versus US: car taxes*. Retrieved April 09, 2019, from [https://www.wto.org/english/tratop\\_e/envir\\_e/edis06\\_e.htm](https://www.wto.org/english/tratop_e/envir_e/edis06_e.htm).
26. Yevropeyskyi sud z prav liudyny (2014). Sprava Pichkur proty Ukrainy [Case Pichkur against Ukraine]. *Ofitsiynyi visnyk Ukrainy – Official Bulletin of Ukraine, 43*, art. 1157 [in Ukrainian].
27. Yevropeyskyi sud z prav liudyny (2002). Sprava Villis proty Spoluchenoho Korolivstva [The case of Willis v. The United Kingdom]. *Praktyka Yevropeiskoho sudu z prav liudyny. Rishennia. Komentari – Practice of the European Court of Human Rights. Decision. Comments, 3* [in Ukrainian].
28. Postanova Kharkivskoho apeliatsiinoho hospodarskoho sudu Sprava 920/353/17 vid 26.09.2017 [Resolution of the Kharkiv Economic Court of Appeal Case 920/353/17 dated September 26, 2017]. (2017). Retrieved from <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69258468> [in Ukrainian].
29. *Does Greening Public Procurement contravene Trade Laws?* (2007). Retrieved from [http://ec.europa.eu/environment/integration/research/newsalert/pdf/69na3\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/environment/integration/research/newsalert/pdf/69na3_en.pdf).

Стаття надійшла до редакції 11.04.2019 р.

Стаття пройшла рецензування 14.05.2019 р.

Стаття рекомендована до опублікування 24.05.2019 р.

**В. К. МАЛОЛЕТНЕВА**

кандидат юридических наук, ученый секретарь Института экономико-правовых исследований НАН Украины, Украина, г. Киев

**ПУБЛИЧНЫЕ ЗАКУПКИ «ЗЕЛеноЙ» ЭЛЕКТРОЭНЕРГИИ  
В РАМКАХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ УКРАИНЫ ПЕРЕД ЕС И ВТО**

Статья посвящена вопросам особенностей осуществления публичных закупок «зеленой» электроэнергии в пределах обязательств Украины перед ЕС и ВТО. Исследованы отдельные дискуссионные аспекты установления требований к закупке электроэнергии из возобновляемых источников именно в технических спецификациях, что в международной торговле может приводить к дискриминации, поскольку «зеленая» электроэнергия и электроэнергия из традиционных источников различны лишь в методах и процессах ее производства, но являются одинаковыми на этапе потребления. Разработаны предложения по осуществлению публичных закупок «зеленой» электроэнергии в Украине с учетом требований в рамках обязательств перед ЕС и ВТО.

**Ключевые слова:** публичные закупки, электроэнергия из возобновляемых источников, технические спецификации, защита окружающей среды, Соглашение об ассоциации с ЕС, Соглашение ВТО о государственных закупках.

**V. K. MALOLITNEVA**

PhD in Law, Academic Secretary, Institute of Economic and Legal Research of the National Academy of Sciences of Ukraine, Ukraine, Kyiv

**PUBLIC PROCUREMENT OF 'GREEN' ENERGY  
IN THE CONTEXT OF UKRAINE'S INTEGRATION PROCESSES  
TO THE EU AND THE WTO**

**Problem setting.** In the context of the growing importance of renewable energy in ensuring national energy security of Ukraine, including the binding commitments within Paris Agreement and the need to implement UN Sustainable Goal on affordable and clean energy, it is important to do research on public procurement as a potential tool for increasing consumption of “green” energy and protection of environment. The instrumental use of public procurement is stipulated by its size, e. g. it accounts for around one-fifth of global gross domestic product. There is no specific regulation on public procurement of “green” energy in Ukraine, however, in the context of Ukraine’s international obligations within the EU and the WTO the procurement of renewable energy could lead to de-facto discrimination, especially in the case of using requirements to purchase energy from renewable sources in technical specifications.

**Recent research and publications analysis.** The requirements to use energy from the renewable sources in public procurement is highly debated issue within the foreign scholars, however, there is no in-depth analysis of this problem among Ukrainian scientists.

**Paper objective.** The aim of the article is to define potential benefits and challenges of public procurement of “green” energy in the context of Ukraine’s integration processes to the EU and the WTO.

**Paper main body.** The author gives special consideration to the academic debates on the requirements to use electricity from renewable sources in technical specifications in the international trade, as it can lead to discrimination, because “green” electricity and electricity from traditional sources are different only in the methods and processes of its production, however, are the same in consumption stage. Such processes and production methods do not change the commercial or practical substitutability of the products. Within the framework of commitments to the EU, Ukraine has more opportunities to use procurement to stimulate the production and consumption of electricity from renewable sources than in the framework of the WTO obligations, which is due to the fundamental objectives underlying the two systems.

**Conclusions of the research.** Based on the importance of renewable energy for Ukraine’s energy security and environmental protection the author proposes to implement the EU approach for public procurement of “green” energy, which allows contracting authorities to use requirement on processes and production methods in technical specifications even if it does not form part of the material substance of the subject-matter of the contract with the only restriction not to pose the requirements on the general practices of economic operators which are not connected with the production processes of the specific procurement. In the context of public procurement of “green” energy within the framework of the WTO Ukraine has an opportunity to invoke the article III of the Government Procurement Agreement on general exceptions with the necessity to protect human, animal or plant life or health. However, the burden of proof will rest with Ukraine as party that invokes an exception.

#### **Short Abstract for an article**

**Abstract.** The article is dedicated to the peculiarities of public procurement of “green” energy within the obligations of Ukraine to the EU and the WTO. The author gives special consideration to the debatable aspects of the use of requirements for the purchase of electricity from renewable sources in the technical specifications, which in international trade can lead to discrimination, since “green” electricity and electricity from traditional sources are different only in the methods and processes of its production, but are the same at the stage of consumption. The author makes suggestions on the implementation of public procurement of “green” electricity in Ukraine, taking into account the requirements of the obligations to the EU and the WTO.

**Key words:** public procurement, electricity from renewable sources, technical specifications, environmental protection, EU-Ukraine Association Agreement, WTO Government Procurement Agreement.

Article details:

Received: 11 April 2019

Revised: 14 May 2019

Accepted: 24 May 2019

**Рекомендоване цитування:** Малолітнева В.К. Публічні закупівлі «зеленої» електроенергії в межах зобов'язань України перед ЄС та СОТ. *Економічна теорія та право*. 2019. №2 (37). С. 130–155. DOI: 10.31359/2411-5584-2019-37-2-130.

**Suggested Citation:** Malolitneva, V. K. (2019). Publichni zakupivli “zelenoi” elektroenerhii u mezhakh zoboviazan Ukrainy pered YeS ta SOT [Public procurement of ‘green’ energy in the context of Ukraine’s integration processes to the EU and the WTO]. *Ekonomichna teoriia ta pravo – Economic Theory and Law*, 2 (37), 130–155. DOI: 10.31359/2411-5584-2019-37-2-130.