

кумент, а передусім як регулятор договірних цивільних відносин, як форму закріплення норм цивільного права, є послідовником нормативної теорії договору. Ось чому договір, на думку науковця, у тих випадках, коли в ньому сторони закріплюють створене ними правило поведінки, відмінне від того, що встановлене в цивільному законі, має розглядатися саме як джерело норм цивільного права [15, 38].

Подальший розвиток у національному праві отримала й теорія господарського договору. Особливість сучасної наукової дискусії, на наш погляд, зумовлює та обставина, що паралельно з кодифікацією в ЦК України, кодифікація ряду договорів була здійснена й у рамках Господарського кодексу України. Таким чином, законодавець практично реалізував суто теоретичну полеміку щодо необхідності нормативного виокремлення господарського договору в самостійний правовий інститут.

Підсумовуючи викладене, зазначимо, що договір займає, займає та буде займати вирішальне місце серед інститутів цивільного права. Вся історія становлення та розвитку уявлень про сутність цивільного договору дозволяє визначити його як найбільш універсальний юридичний інструмент, який забезпечує заінтересованим особам можливість установлювати, змінювати та припиняти відповідні цивільні права та обов'язки на основі вільного волевиявлення та усвідомленні обов'язковості виконання умов договору.

Література

1. Луць В. До питання про сутність і зміст цивільно-правового договору / В.В. Луць // Приватне право. - 2013. - № 1. - С. 118-128.
2. Колянковская Т. К вопросу о сущности гражданско-правового договора / Т. Колянковская // Часопис цивілістики. - 2013. - Вип. 15. - С. 71-75.
3. Бервено С.М. Проблеми договірних права України: Монографія / С.М. Бервено. - К.: Юрінком Інтер, 2006. - 392 с.
4. Бекленищева И.В. Гражданско-правовой договор: классическая традиция и современные тенденции. / И.В. Бекленищева. - М.: Статут, 2006. - 204 с.
5. Берман Г. Дж. Западная традиция права: эпоха

формирования / Пер. с англ. — 2-е изд. - М.: Изд-во МГУ: Издательская группа ИНФРА. - М.: НОРМА, 1998. - 624 с.

6. Руссо Ж.Ж. Об общественном договоре. Трактаты / Пер. с франц. А.Д. Хаютина и В.С. Алексеева-Попова. - М.: "КАНОН-пресс", "Кучково поле", 1998. - 416 с.

7. Иеринг Р. Цель в праве. Том первый. / Р. Иеринг. - Санкт Петербург, издание Н.В. Муравьева, 1881. - 412 с.

8. Венедиктов А.В. Государственная социалистическая собственность / А.В. Венедиктов. - М.-Л.: Из-во АН СССР, 1947. - 834 с.

9. Кашанин А.В. Кауза сделки в гражданском праве: Автореферат диссертации на соискание ученой степени кандидата юридических наук. Специальность 12.00.03 - Гражданское право; Предпринимательское право; Семейное право; Международное частное право / А.В. Кашанин. - М., 2002. - 34 с.

10. Гавзе Ф.И. Социалистический гражданско-правовой договор / Ф.И. Гавзе. - М.: Юрид. лит., 1972. -168 с.

11. Иоффе О.С. Обязательственное право / О.С. Иоффе. - М.: Юрид. лит., 1975. - 880 с.

12. Красавчиков О.А. Гражданско-правовой договор: понятие, содержание и функции // Гражданско-правовой договор и его функции. Межвузовский сборник научных трудов. - Свердловск: Типография из-ва "Уральский рабочий", 1980. - С. 3-20.

13. Теория государства и права / Под ред. П.С. Ромашкина, М.С. Строговича, В.А. Туманова. - М.: Изд-во АН СССР, 1962. - 534 с.

14. Резніченко С.В., Чумаченко Л.В. Еволюція договору та його роль у цивільно-правових відносинах / С.В. Резніченко, Л.В. Чумаченко // Юридичний вісник Причорномор'я. - 2011. - № 3. - С. 214-223.

15. Погрібний С.О. Механізм та принципи регулювання договірних відносин у цивільному праві України. Автореф. дис. ... доктора юрид. наук. - К., 2009. - 50 с.

Кісель В.Й.,

кандидат юридичних наук, доцент,

доцент кафедри цивільно-правових дисциплін

ОДУВС

Надійшла до редакції: 14.11.2015

УДК 342.951

ДЕЯКІ АСПЕКТИ ЗАСТОСУВАННЯ ЕЛЕКТРОННО-ЦИФРОВОГО ПІДПISУ СУБ'ЄКТАМИ ПУБЛІЧНОЇ АДМІНІСТРАЦІЇ ПРИ ЗДІЙСНЕННІ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ

В статті проведено аналіз електронно-цифрового підпису як наукового поняття та інструменту здійснення публічних закупівель за участю суб'єктів владних повноважень, основних проблем, пов'язаних із застосуванням цього юридико-технічного засобу у сучасних умовах господарювання, запропоновано шляхи вдосконалення законодавства, що регулює використання електронно-цифрового підпису у даній сфері.

Ключові слова: електронно-цифровий підпис, суб'єкти публічної адміністрації, державні закупівлі, публічні закупівлі.

В статті осуществлен анализ электронно-цифровой подписи как научного понятия и инструмента осуществления публичных закупок при участии субъектов

властных полномочий, основных проблем, связанных с использованием этого юридико-технического средства в современных условиях осуществления хозяйственной деятельности, предложено способы усовершенствования законодательства, которое регулирует использование электронно-цифровой подписи в данной сфере.

Ключевые слова: электронно-цифровой подписи, субъекты публичной администрации, государственные закупки, публичные закупки.

In the article electronic digital signature as a scientific concept and an instrument of public procurement is analyzed. The problems connected with digital signing of documents while operating business activities nowadays are revealed. Ways to improve social relations associated

with the use of electronic digital signatures in the area of public procurement are proposed.

Key words: digital signature, subjects of public administration, public procurement, public procurement.

Вступ. У всіх країнах світу держава є найбільшим споживачем товарів, робіт та послуг. При цьому вона завжди виступає особливим споживачем, який не тільки закупає товари, роботи і послуги, а й самостійно визначає порядок здійснення закупівель. В умовах планово-адміністративної економіки держава брала на себе обов'язок закуповувати всю продукцію, що вироблялася підприємствами, незалежно від того, чи був на неї попит. В умовах ринкової економіки була надана повна свобода в закупівлі продукції отримувачами бюджетних коштів. Однак час показав неспроможність обох підходів, і держава дійшла висновку про необхідність створення певного юридичного механізму закупівель [17, с. 3]. Елементом цього механізму є, зокрема, застосування замовниками, суб'єктами публічної адміністрації, електронних засобів.

Одним з таких електронних засобів є засоби електронного цифрового підпису (надалі – "ЕЦП"), використання якого стає дедалі поширенішим не лише у приватноправових, а й у публічно-правових відносинах.

При цьому застосування електронних засобів під час проведення державних закупівель сприяє не лише значній економії бюджетних коштів, а й прозорості, відкритості проведення відповідних процедур та зменшення часових витрат [1]. Зазначене зумовлює актуальність дослідження проблем регулювання застосування таких електронних засобів на законодавчому рівні з урахуванням результатів наукових досліджень.

До проблем застосування суб'єктами публічної адміністрації у своїй діяльності електронних засобів, так само як і до проблемних питань, пов'язаних з проведенням електронних державних закупівель, зверталися ряд вітчизняних та зарубіжних науковців, серед яких можна відзначити В.І. Квашніна, М.В. Шмельову М.В., Р.О. Халікову, К.А. Фетісову К.А., І.В. Влялько, Н. Блажівську та інших дослідників. Втім, поза увагою цих науковців залишились питання, пов'язані з використанням у державних закупівлях такого електронного засобу як ЕЦП.

Постановка завдання. Метою цієї статті є дослідження правовідносин, які складаються при використанні електронно-цифрового підпису як реквізиту електронного документа суб'єктами публічної адміністрації під час здійснення державних закупівель та виявлення проблем, які виникають при застосуванні електронно-цифрового підпису у цих правовідносинах. Предметом дослідження у цій статті виступає ЕЦП як наукове поняття та інструмент здійснення публічних закупівель за участю суб'єктів владних повноважень, основні проблеми, пов'язані із застосуванням цього юридико-технічного засобу у сучасних умовах господарювання.

Результати дослідження. Перед тим, як перейти до основних питань, які є предметом дослідження у цій роботі, вважаємо за необхідне зупинитися на дослідженні поняття ЕЦП та його правової природи.

Відповідно до підходу вітчизняного законодавця (ст. 1 Закону України "Про ЕЦП") електронний цифровий підпис - це вид електронного підпису, отриманого за результатом криптографічного перетворення набору електронних даних, який додається до цього набору або логічно з ним поєднується і дає змогу підтвердити його цілісність та ідентифікувати підписувача [5].

Як зазначає Р.О. Халіков [16, с. 36-39], на основі аналізу міжнародного та національного законодавства країн світу можна помітити, що в міжнародній практиці зустрічається декілька основних підходів до визначення ЕЦП, які різняться за характером та ступенем деталізації вимог, що до них ставляться.

Найбільш "м'який" серед них передбачає, що в якості ЕЦП мають розглядатися будь-які елементи, що включаються в електронний документ, що тим чи іншим способом пов'язані з відправником цього документа. Ніякі спеціальні вимоги до унікальності, незмінюваності ЕЦП чи процедурам його перевірки на законодавчому рівні не закріплюються, законними вважаються всі ЕЦП, які визнаються сторонами угоди. При такому підході під поняття ЕЦП підпадають навіть ініціали, проставлені в кінці тексту електронного документа, чи відсканований відбиток пальця.

В.І. Квашнін називає даний підхід мінімалістським. Цей підхід, на його думку, спрямований на створення правових умов для використання електронних підписів шляхом вилучення із чинного законодавства норм, які не дозволяють використання електронних підписів [2, с. 24].

Інший підхід, на думку В.І. Квашніна, є більш "жорстким" та базується на визнанні фактично лише ЕЦП. Таким чином, цей підхід прив'язується до однієї технології, а саме: технології відкритого ключа. ЕЦП та підписані ними документи визнаються законодавством, однак до них висувуються особливі вимоги, відмінні від вимог до паперових документів чи власноручних підписів [2, с. 25].

Третій, "найсуворіший" підхід, є дворівневим, та являє собою гібрид перших двох підходів. З одного боку, він не залишає за рамками регулювання більшу частину електронних підписів, як це відбувається при реалізації другого підходу. Законодавством визнаються всі види електронних підписів, як тих, що вже використовуються, так і тих, що можуть виникнути в майбутньому. З іншого боку, законодавство гарантує певний рівень надійності документів, підписаних електронними підписами, шляхом виділення "посилених" електронних підписів. Вимоги до використання саме посиленних електронних підписів встановлюються стосовно деяких різновидів правовідносин, які вимагають більшої, ніж зазвичай, формальності [2, с. 25] (наприклад, як визначено ст. 4 Закону України "Про ЕЦП", відносини за участю органів публічної адміністрації).

Виходячи з системного аналізу норм Закону України "Про ЕЦП" та Закону України "Про електронні документи та електронний документообіг", вбачається, що законодавство України розвивається шляхом визнання ЕЦП, створеного на базі криптографії з асиметричними ключами, тобто використовуючи третій підхід.

В даній статті ми би хотіли приділити увагу одній зі сфер використання ЕЦП суб'єктами публічної адміністрації, а саме: його використання у процесі здійснення публічних закупівель.

Наразі правове регулювання використання ЕЦП суб'єктами публічної адміністрації врегульовано такими нормативно-правовими актами: Законами України "Про електронний цифровий підпис" від 22.05.2003 р. (надалі – "Закон України "Про ЕЦП"), "Про електронні документи та електронний документообіг" від 22.05.2003 р., "Про публічні закупівлі" від 25.12.2015 р., (надалі – "Закон України "Про публічні закупівлі" 2015 р.") та іншими законами, а також підзаконними нормативно-правовими

актами. З наукової точки зору важливим є те, що вищезазначені правовідносини в минулому також регулювалися Законом України "Про здійснення державних закупівель" від 01.06.2010 р. (надалі – "Закон України "Про здійснення державних закупівель" 2010 р.") та Законом України "Про здійснення державних закупівель від 10.04.2014 р. (втрачає чинність з 01.08.2016 р.) (надалі – Закон України "Про здійснення державних закупівель" 2014 р.).

Використання ЕЦП у даній сфері характеризується певними особливостями, оцінку та аналіз яких буде здійснено нижче.

По-перше, відповідно до ч. 2 ст. 12 Закону України "Про публічні закупівлі" 2015 року [10] замовник здійснює процедури закупівлі, передбачені частиною першою цієї статті, шляхом використання електронної системи закупівель.

Відмінністю даного закону в порівнянні з попереднім Законом України "Про здійснення державних закупівель" 2014 року [8] є те, що на відміну від ст. 12 попереднього закону, який передбачав лише право замовника використовувати електронні засоби під час проведення відповідних процедур закупівлі, новий закон передбачає обов'язок замовника використовувати такі засоби. Зазначене, на нашу думку, сприятиме розповсюдженню використання електронних засобів, в т.ч. ЕЦП, у діяльності суб'єктів публічної адміністрації. Однак, редакція нового закону містить ряд недоліків, в т.ч. в порівнянні з редакцією попереднього закону.

Так, ст. 12 Закону України "Про здійснення державних закупівель" 2014 року містила положення, відповідно до якого у разі використання електронних засобів з метою подання пропозицій конкурсних торгів, кваліфікаційних та цінових пропозицій та здійснення їх оцінки документи та дані створюються і подаються з урахуванням вимог законів України "Про електронні документи та електронний документообіг" і "Про електронний цифровий підпис".

В той же час, ч. 3 ст. 12 Закону України "Про публічні закупівлі" 2015 року вказує, що під час використання електронної системи закупівель з метою подання тендерних пропозицій і здійснення їх оцінки документи та дані створюються та подаються з урахуванням вимог Закону України "Про електронні документи та електронний документообіг". Тобто, з цього вбачається, що новий закон взагалі виключив вимогу дотримання вимог Закону України "Про ЕЦП" під час проведення публічних закупівель.

В контексті дослідження використання саме ЕЦП суб'єктами публічної адміністрації зазначимо, що положення нового закону містять певні ризики уникнення використання суб'єктами публічної адміністрації саме ЕЦП під час здійснення публічних закупівель.

Так, виходячи з буквального тлумачення ст. 12 Закону України "Про публічні закупівлі" (з урахуванням того, що новий Закон України "Про публічні закупівлі" не містить посилання на Закон України "Про ЕЦП") суб'єкти публічної адміністрації можуть створювати та направляти до уповноваженого органу електронні документи, підписані звичайним електронним підписом, а не ЕЦП, адже ст. 6 Закону України "Про електронні документи та електронний документообіг" передбачає використання не лише ЕЦП, а й поряд з ним електронних підписів, створених з допомогою спрощених технологій.

Більше того, саме Законом України "Про ЕЦП" (ч. 1 ст. 5) передбачено, що органи державної влади, органи місцевого самоврядування, підприємства, установи та організації державної форми власності для засвідчення

справжності та дійсності відкритого ключа використовують лише посилений сертифікат ключа. Тобто саме цей закон, а не Закон України "Про електронні документи та електронний документообіг", встановлює вимогу щодо того, який саме ЕЦП та з яким сертифікатом можуть використовувати суб'єкти публічної адміністрації.

Тому вважаємо за необхідне доповнити ч. 3 ст. 12 Закону України "Про публічні закупівлі" посиланням на Закон України "Про ЕЦП" та передбачити, що під час підготовки та обміну документацією при здійсненні процедур закупівель використовується ЕЦП, а не будь-які інші види електронних підписів, за винятком випадків, передбачених цим законом.

При цьому пропонуємо заборонити обмін документацією між учасниками процедур закупівель, яка взагалі не містить електронного підпису.

Іншим аспектом вказаної проблеми є відсутність законодавчого врегулювання процедури підписання договору про закупівлю за допомогою ЕЦП. Так, виходячи зі змісту ч.ч. 1, 2 ст. 12 Закону України "Про публічні закупівлі" 2015 р. [10], використання електронних засобів та, відповідно, ЕЦП під час укладення договору про закупівлю даним Законом не передбачено. Закон України "Про публічні закупівлі" передбачає можливість застосування ЕЦП під час трьох процедур закупівлі (відкриті торги; конкурентний діалог; переговорна процедура закупівлі).

Однак, як вбачається зі змісту ст. 36 Закону України "Про публічні закупівлі" [10], укладення договору про закупівлю здійснюється за результатами проведення відповідної процедури торгів, а тому не є їх складовою частиною. Тому, виходячи з буквального розуміння норм даного Закону, застосування електронних засобів під час укладення договору про закупівлю та, відповідно, підписання такого договору за допомогою засобів ЕЦП, є неможливим.

Інакше вирішено дане питання в законодавстві Російської Федерації. Так, ч. 1 ст. 5 Федерального Закону РФ "Про контрактну систему у сфері закупівлі товарів, робіт, послуг для забезпечення державних та муніципальних потреб" від 22 березня 2013 р. передбачено, що "в рамках відносин, указаних в ч. 1 ст. 1 цього Закону, допускається обмін електронними документами, передбаченими законодавством РФ та іншими нормативно-правовими актами про контрактну систему у сфері закупівель, між учасниками контрактної системи у сфері закупівель" [12]. При цьому, у ч. 1 ст. 1 закону РФ, на відміну від ч. 1 ст. 12 Закону України "Про публічні закупівлі", передбачено такі види правовідносин як "укладення цивільно-правового договору, предметом якого є поставка товару, виконання роботи, надання послуги (в т.ч. придбання нерухомого майна чи найм майна) від імені РФ...".

Тобто відповідний закон РФ прямо передбачив можливість застосування електронних документів під час укладення договорів про закупівлю. Аналогічним чином прямо передбачено можливість укладення електронного договору про державну закупівлю ч. 3 ст. 43 Закону Республіки Казахстан "Про державні закупівлі" від 4 грудня 2015 р. [13].

При цьому, ст. 70 закону РФ врегульовано порядок укладення договору за результатами проведення електронного аукціону. Зокрема, ст. 70 даного Закону РФ передбачено не лише можливість підписання кінцевого договору про закупівлі за допомогою ЕЦП, а й підписання за допомогою ЕЦП первісного проекту такого договору,

проекту протоколу розбіжностей за результатами ознайомлення з проектом такого договору, а також документа, що підтверджує надання забезпечення виконання такого договору.

Крім цього, ст. 40 Закону України "Про здійснення державних закупівель" 2010 р. також прямо передбачалася відповідна можливість: "Договір про закупівлю укладається в письмовій формі, а у разі здійснення закупівель за процедурою електронного реверсивного аукціону - у формі електронного документа, відповідно до положень Цивільного та Господарського кодексів України [...].

Недоліком нового Закону України "Про публічні закупівлі" 2015 р. є відсутність прямо передбаченої можливості підписати як кінцевий договір про закупівлю, так і проект даного договору, за допомогою ЕЦП.

Крім цього, навіть якби така можливість була прямо передбачена даним Законом, то відсутньою в даному Законі залишається конкретна процедура та етапи підписання такого договору за допомогою ЕЦП та інших електронних засобів. Так, Законом України "Про публічні закупівлі" в такому разі мали би бути врегульовані питання способу зберігання та пред'явлення електронних документів, порядок внесення змін до помилково відправленого проекту договору, підписання протоколів розбіжностей до договору, умови виготовлення та отримання паперових копій електронних документів, тощо.

По-друге, Законом України "Про здійснення державних закупівель" 2010 р., яким було передбачено процедуру електронного реверсивного аукціону, встановлювалася обов'язковість застосування цієї процедури (а разом з нею - і застосування ЕЦП) у разі, якщо очікувана вартість предмета закупівлі такого товару (товарів), послуги (послуг) дорівнює або перевищує 100 тис. грн. (у будівництві - 300 тис. грн.), а робіт - 1 мільйон грн. Тобто, цим законом передбачалася гранична межа вартості товарів чи послуг, у разі перевищення якої застосування електронних засобів є обов'язковим.

В той же час, чинний Закон України "Про здійснення державних закупівель" 2014 р. ані граничної межі, ані такого обов'язку не передбачає взагалі.

Зазначене є недоліком чинного законодавства, адже відсутність такої граничної межі не сприяє стимулюванню суб'єктів публічної адміністрації до поширеного використання електронних засобів, а разом з ними - і ЕЦП.

З наукової точки зору цікавим є підхід до вирішення даного питання, який викладений в проекті Закону України "Про внесення змін до Закону України "Про здійснення державних закупівель" (щодо удосконалення системи державних закупівель та електронних закупівель) № 1551 від 22.12.2014 р. (надалі - "Законопроект") [3].

Так, Законопроект передбачає, що замовники, визначені Кабінетом Міністрів України обов'язково для здійснення закупівлі товарів та послуг, визначених Кабінетом Міністрів України, вартість яких не перевищує 2 мільйони гривень, проводять відкриті торги з використанням електронних засобів та застосовують електронний реверсивний аукціон. Тобто, пропонується встановити граничну максимальну (а не мінімальну, як це було зроблено в попередньому Законі України) межу вартості товарів та послуг, за якої має застосовуватися ЕЦП.

Однак автор схиляється до думки, що для стимулювання використання ЕЦП в державних закупівлях має бути встановлена не максимальна, а мінімальна межа вартості товарів, послуг чи робіт, при перевищенні якої

встановлюється обов'язок використання ЕЦП.

Саме таким шляхом пішов новий Закон України "Про публічні закупівлі" 2015 р., передбачивши у ст. 2 граничну межу вартості товарів, послуг та робіт, за умови перевищення якої має застосовуватись цей закон, а разом з ним і електронні процедури закупівлі.

По-третє, слід зазначити, що порядок та особливості використання ЕЦП суб'єктами публічної адміністрації врегульовано постановою Кабінету Міністрів України "Про затвердження Порядку застосування електронного цифрового підпису органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами та організаціями державної форми власності" від 28.10.2004 р. № 1452.

Дія положень зазначеного Порядку поширюється, в тому числі, і на застосування ЕЦП під час здійснення процедур державних закупівель. Однак, якщо звернути увагу на назву цього Порядку, то стане очевидно, що формально його дія не поширюється на підприємства комунальної форми власності. В той же час, відповідно до ст. 1 Закону України "Про державні закупівлі" 2014 р., так і ст. 1 Закону України "Про публічні закупівлі", замовниками можуть бути юридичні особи (підприємства, установи, організації) та їх об'єднання, які забезпечують потреби територіальної громади, зокрема, у разі якщо у статутному капіталі юридичної особи комунальна частка акцій (часток, паїв) перевищує 50 % чи така юридична особа є розпорядником бюджетних коштів.

Іншими словами, замовниками та, як наслідок, суб'єктами використання ЕЦП в процедурах державних закупівель, можуть бути підприємства комунальної форми власності. У зв'язку з цим, з метою усунення прогалин у законодавстві щодо регулювання використання ЕЦП такими підприємствами, мають бути внесені відповідні зміни до Порядку. Зокрема, пропонуємо викласти п. 1 цього Порядку в такій редакції: "Цей Порядок визначає вимоги до застосування електронного цифрового підпису органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами та організаціями державної та комунальної форми власності".

По-четверте, потребує уваги питання використання окремих видів електронного підпису суб'єктами публічної адміністрації під час здійснення державних закупівель. Так, ч. 1 ст. 5 Закону України "Про електронно-цифровий підпис" передбачено, що органи державної влади, органи місцевого самоврядування, підприємства, установи та організації державної форми власності для засвідчення чинності відкритого ключа використовують лише посилений сертифікат ключа. Аналогічна вимога передбачена п. 2 Порядку.

Разом з тим, порушена проблема одержала дещо інше врегулювання в нормах законодавства країн-членів ЄС порівняно із законодавством України.

Так, п. b ч. 5 ст. 48 Директиви ЄС № 2004/17/ЄС "Про координацію процедур закупівель у сфері послуг з водо, енергопостачання, транспортні та поштові послуги" передбачено, що держави-члени у відповідності до ст. 5 Директиви 1999/93/ЄС, вимагають, щоб електронні аукціони супроводжувались посиленим (advanced) електронним підписом відповідно до ч. 1 вказаної статті [14].

Поряд з цим, Директивою 2014/25/ЄС щодо закупівель у сфері комунального господарства [18] та Директивою 2014/24/ЄС про здійснення закупівель в державному секторі [6] передбачено наступні положення: (b) держави-члени або замовники, що діють в загальних

рамках, встановлених державою-членом, повинні вказувати рівень безпеки, необхідної для електронних засобів зв'язку на різних етапах конкретної процедури закупівлі; такий рівень повинен відповідати пов'язаним ризикам; (с) коли держави-члени або замовників, що діють в загальних рамках, встановлених державою-членом, дійшли висновку, що рівень ризиків, оцінений згідно підпункту (b) цього пункту, є таким, що вимагає посилення електронних підписів відповідно до Директиви 1999/93/ЄС Європейського Парламенту і Ради ЄС (27), замовники прийматимуть посилені електронні підписи, підтримані кваліфікаційним сертифікатом.

З вищезазначеного вбачається, що:

Директива 2004/17/ЄС передбачає використання виключно посилені електронні підписи у державних закупівлях;

Директива 2014/25/ЄС передбачає застосування посилені електронні підписи лише у виняткових випадках, коли буде наявний відповідний ризик.

Основною проблемою у даній сфері є неможливість співвідношення та порівняння видів електронних підписів, які мають застосовуватися у державних закупівлях за законодавством ЄС та України.

Так чинне законодавство України регулює виключно застосування ЕЦП, тоді як застосування інших видів електронних підписів, а також їх класифікація, на законодавчому рівні не врегульовані. Чинне законодавство ЄС передбачає обов'язок суб'єктів публічної адміністрації використовувати посилений електронний підпис, а законодавство України – ЕЦП з посиленням сертифікатом ключа. Однак, зазначені терміни є принципово різними між собою, а підстав для ототожнення ЕЦП та посиленого електронного підпису чинне законодавство України не передбачає.

Так Директива 1999/93/ЄС передбачає ряд вимог до посиленого (удосконаленого) електронного підпису: а) він пов'язаний винятково з особою, що підписалась; б) він дає можливість ідентифікувати особу, що підписалась; с) він створений за допомогою засобів, які особа, що підписалась, може тримати під своїм повним контролем; д) він пов'язаний з даними, до яких він відноситься у такий спосіб, що будь-яку подальшу зміну даних можна виявити [11].

Однак, Закон України "Про ЕЦП" таких вимог до ЕЦП прямо не передбачає.

З метою усунення таких невідповідностей потребує прийняття проект Закону України "Про електронні довірчі послуги", який передбачає регулювання використання різних видів електронних підписів, а також виділяє такі види електронних підписів як удосконалений електронний підпис та кваліфікований електронний підпис.

Другою проблемою є те, що чинне законодавство передбачає обов'язковість використання ЕЦП суб'єктами публічної адміністрації на всіх етапах процедури державної закупівлі. Використання інших, більш простих видів електронних підписів не дозволяється на жодному етапі.

Однак, законодавство ЄС пов'язує використання посилені електронні підписи лише у виняткових випадках, пов'язаних із ризиком, що спрощує процедуру державних закупівель. Вважаємо, що Закон України "Про здійснення державних закупівель" має передбачати випадки, коли дозволяється використання простих електронних підписів.

По-п'яте, існує суперечливість норм Закону України "Про здійснення державних закупівель" та вищезазна-

ченого Порядку застосування електронного цифрового підпису органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами та організаціями державної форми власності. Так, п. 4 Порядку передбачено, що суб'єкти публічної адміністрації не використовують ЕЦП для вчинення правочинів на суму, що перевищує 1 млн. гривень. В той же час, відповідно до ч. 1 ст. 2 Закону України "Про публічні закупівлі" цей Закон застосовується до всіх замовників та закупівель товарів, робіт та послуг за умови, що вартість закупівлі товару (товарів), послуги (послуг) дорівнює або перевищує 200 тисяч гривень, а робіт – 1,5 мільйона гривень.

Таким чином, Порядок та Закон України "Про здійснення державних закупівель" взаємовиключають можливість суб'єктів публічної адміністрації здійснювати державні закупівлі в електронній формі за допомогою ЕЦП, адже вчинити правочин за державним замовленням на виконання робіт вартістю більше ніж 1,5 млн. грн. суб'єкт публічної адміністрації не уповноважений.

По-шосте, чинний Закон України "Про державні закупівлі" взагалі не регулює питання, пов'язані із застосуванням електронних засобів на етапі виставлення рахунку-фактури (інвойсу) на оплату за договором про закупівлю.

В той же час, з метою вдосконалення вітчизняного законодавства та його гармонізації з правом ЄС доцільним є аналіз регулювання зазначеного питання на теренах ЄС. Так, на рівні ЄС цьому питанню присвячено окрему Директиву 2014/55/ЄС "Про електронне інвойсування в державних закупівлях" [4].

Крім того, недоліком чинного Закону України "Про державні закупівлі" є те, що він взагалі не передбачає рахунку-фактури (інвойсу) як підстави для проведення розрахунків за результатами державних закупівель. Так, ч. 3 ст. 7 Закону України "Про державні закупівлі" передбачає вичерпний перелік документів, які є підставою для проведення платежу органом Державного казначейства: наявність оригіналу договору про закупівлю, наданого замовником, річного плану закупівель та звіту про результати проведення процедури закупівлі [8].

На думку автора даної статті, стратегічним недоліком чинного Закону України "Про державні закупівлі", який зумовлює необхідність внесення змін до цього Закону є те, що ним було по суті відмінено процедуру електронного реверсивного аукціону, яка була передбачена попереднім Законом України "Про державні закупівлі" 2010 р.

Так, відповідно до ч. 1 ст. 39-1 Закону України "Про державні закупівлі" 2010 р. [9] процедура електронного реверсивного аукціону – процедура закупівлі у електронній формі, яка передбачає проведення відкритих торгів у формі аукціону за методом зниження ціни договору (лота), проведення якої забезпечується оператором електронного майданчика на сайті в мережі Інтернет у режимі "он-лайн", з використанням електронного цифрового підпису.

Виходячи з визначення електронного реверсивного аукціону, саме ця процедура державних закупівель передбачає найінтенсивніше застосування ЕЦП у державних закупівлях.

Однак, чинне законодавство (Закон України "Про здійснення державних закупівель" та Закон України "Про публічні закупівлі") жодних подібних положень не містять. Більше того, у відповідних нормах ці закони взагалі не висувують вимог до підписання документації під час проведення закупівель (наприклад, ст. 25 Закону

України "Про публічні закупівлі" передбачає подання тендерної пропозиції виключно шляхом заповнення відповідних електронних форм, а ст. 18 Закону України "Про публічні закупівлі" дозволяє направляти документи до Антимонопольного комітету України через електронну систему закупівель у вигляді простого pdf формату файлу. І загалом, як зазначалось вище, жодна норма даного закону не висуває обов'язку використовувати ЕЦП під час проведення процедур закупівель.

За таких обставин застосування ЕЦП під час проведення державних закупівель та можливість використання процедури електронного реверсивного аукціону в цілому в Україні зводиться нанівець.

В той же час слід звернути увагу, що практика застосування електронних торгів значно поширена в світі та має свої позитивні наслідки. Проте з часу її запровадження в Україні у 2012 році така процедура закупівель майже не використовувалася, оскільки для її проведення не була підготовлена відповідна матеріальна база. На нашу думку, зважаючи на те, що процедура електронного реверсивного аукціону містить певні переваги, які полягають в економії бюджетних коштів, забезпеченні державного та громадського контролю за їх використанням, а також в підвищенні конкурентоспроможності національної економіки, то, безумовно, така процедура має бути запроваджена в Україні.

Висновки. З викладеного вбачається, що законодавство України, яке регулює процедури державних (публічних) закупівель, містить ряд суттєвих недоліків, які перешкоджають повноцінному та поширеному використанню ЕЦП суб'єктами публічної адміністрації при здійсненні таких закупівель. Тому нами запропоновано окремі зміни до законодавства України, які зможуть розв'язати окреслену у цій роботі проблематику:

Внести зміни до абз. 3 ч. 3 ст. 12 Закону України "Про публічні закупівлі" та викласти його в наступній редакції: "Під час використання електронної системи закупівель з метою подання тендерних пропозицій і здійснення їх оцінки документи та дані створюються та подаються з урахуванням вимог Закону України "Про електронні документи та електронний документообіг" та Закону України "Про електронний цифровий підпис".

Доповнити ч. 1 ст. 36 Закону України "Про публічні закупівлі" та ч. 1 ст. 40 Закону України "Про здійснення державних закупівель" таким реченням: "Договір про закупівлю може бути підписано за допомогою електронних засобів з дотриманням вимог Закону України "Про електронні документи та електронний документообіг" та Закону України "Про електронний цифровий підпис".

Викласти абз. 1 ч. 2 ст. 12 Закону України "Про здійснення державних закупівель" в наступній редакції: "Замовник зобов'язаний здійснювати процедури закупівлі, передбачені частиною першою цієї статті, із використанням електронних засобів".

Підтримати проект Закону України "Про електронні довірчі послуги" № 2544а від 31.08.2015 р. який запроваджує регулювання використання на території України не лише ЕЦП, а й інших, більш простих видів електронних підписів, а також передбачити в Законі України "Про здійснення державних закупівель" та в Законі України "Про публічні закупівлі" можливість використання учасниками процедур публічних закупівель різних видів електронних підписів, а не лише ЕЦП, у випадках, коли рівень ризиків є таким, що не вимагає посилення електронних підписів.

Виключити абз. 3 п. 4 Постанови Кабінету Міністрів України "Про затвердження Порядку застосування електронного цифрового підпису органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами та організаціями державної форми власності" від 28.10.2004 р. № 1452, яким встановлюється обмеження щодо ціни правочинів, за умови перевищення яких використання ЕЦП суб'єктами публічної адміністрації забороняється.

Література:

1. Електронні державні закупівлі: пошук українського шляху [Електронний ресурс] / Олександр Шатковський, Грем Файвеш. - Режим доступу: <http://eupublicprocurement.org.ua/e-procurement-finding-away-for-ukraine.html?lang=UK>

2. Квашнин В.И. Правовые аспекты использования электронной цифровой подписи в договорных отношениях с участием предпринимателей: дис. канд. юр. наук: 12.00.03 / Квашнин Владислав Игоревич - Санкт-Петербург, 2010. - 225 с.

3. Про внесення змін до Закону України "Про здійснення державних закупівель" (щодо удосконалення системи державних закупівель та електронних закупівель) № 1551 від 22.12.2014 р.: Проект Закону України [Електронний ресурс] / Режим доступу: http://w1.c1.rada.gov.ua/pls/zweb2/webproc4_1?pf3511=53041

4. Про електронне інвойсування в державних закупівлях: Директива 2014/55/ЄС від 16.04.2014 р. [Електронний ресурс] / Збірник директив ЄС з питань державних закупівель - Режим доступу: http://eupublicprocurement.org.ua/wp-content/uploads/2015/02/EU-PP-Directives-Compendum_UKR.pdf

5. Про електронний цифровий підпис: Закон України від 22.05.2003 р. № 852-IV // *Голос України* від 27.06.2003 р. - № 119.

6. Про державні закупівлі та скасування директиви 2004/18/ЄС: Директива 2014/24/ЄС Європейського парламенту та Ради від 26.02.2014 р. [Електронний ресурс] / Збірник директив ЄС з питань державних закупівель - Режим доступу: http://eupublicprocurement.org.ua/wp-content/uploads/2015/02/EU-PP-Directives-Compendum_UKR.pdf

7. Про затвердження Порядку застосування електронного цифрового підпису органами державної влади, органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами та організаціями державної форми власності": Постанова Кабінету Міністрів України від 28.10.2004 р. № 1452 // *Урядовий кур'єр* від 10.11.2004 р. - № 214.

8. Про здійснення державних закупівель: Закон України від 10.04.2014 р. № 1197-VII // *Голос України* від 19.04.2014 р. - № 78.

9. Про здійснення державних закупівель: Закон України від 01.06.2010 р. № 2289-VI // *Голос України* від 30.06.2010 р. - № 118.

10. Про публічні закупівлі: Закон України від 25.12.2015 р. № 922-VIII // *Голос України* від 18.02.2016 р. - № 30.

11. Про систему електронних підписів, що застосовуються в межах Співтовариства: Директива 1999/93/ЄС Європейського парламенту та Ради від 13.12.1999 р. [Електронний ресурс] / Режим доступу: http://zakon4.rada.gov.ua/laws/show/994_240

12. О контрактной системе в сфере закупок товаров, работ, услуг для обеспечения государственных и муницип...

ципальных нужд: Федеральный закон Российской Федерации № 44-ФЗ от 22.03.2013 г. [Электронный ресурс] / Режим доступа: https://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_144624/.

13. О государственных закупках: Закон Республики Казахстан от 4 декабря 2015 года № 434-V [Электронный ресурс] / Режим доступа: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=34050877#sub_id=520000

14. Про координацію процедур закупівель у сфері послуг з водо, енергопостачання, транспортні та поштові послуги: Директива ЄС № 2004/17/ЄС [Електронний ресурс] / Збірник директив ЄС з питань державних закупівель – Режим доступу: http://eupublicprocurement.org.ua/wp-content/uploads/2015/02/EU-PP-Directives-Compendium_UKR.pdf

15. Фетисов К.А. Правовое регулирование применения технологий электронной подписи: краткий сравнительный анализ / К.А. Фетисов // Вопросы гуманитарных наук. – 2008. – № 4. – с. 32-34

16. Халиков Р.О. Правовой режим электронного документа: вопросы использования электронной цифровой подписи : дис. канд. юр. наук: 12.00.03 / Халиков Равшан Одылович – Казань, 2006. – 189 с.

17. Шмелева М.В. Гражданско-правовое регулирование контрактных отношений при государственных и муниципальных закупках в Российской Федерации: автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.03 / Шмелева Марина Владимировна. – Саратов, 2013. – 32, [3] с.

18. Щодо здійснення закупівель організаціями, що працюють у водогосподарському, енергетичному, транспортному секторах та секторі поштових послуг, яка скасовує Директиву 2004/17/ЄС: Директива 2014/25/ЄС від 26.02.2014 р. [Електронний ресурс] / Збірник директив ЄС з питань державних закупівель: - Режим доступу: http://eupublicprocurement.org.ua/wp-content/uploads/2015/02/EU-PP-Directives-Compendium_UKR.pdf

*Білоцерковець Н. В.,
студент II курсу магістратури
юридичного факультету
Київського національного університету
ім. Тараса Шевченка
Надійшла до редакції: 13.11.2015*

УДК 347.511

ЩОДО ВИЗНАЧЕННЯ ПОНЯТТЯ “ЗВІЛЬНЕННЯ ВІД ЦИВІЛЬНО-ПРАВОВОЇ ВІДПОВІДАЛЬНОСТІ”

Церковна О. В.

Досліджується сутність і зміст категорії “звільнення від цивільно-правової відповідальності”. Аргументовано положення, відповідно до якого обставини, що звільняють від відповідальності і обставини, що виключають відповідальності в цивільному праві можна розмежовувати тільки в договірних зобов’язаннях. У деліктах же, внаслідок того, що вони виконують важливу охоронну функцію, обумовлену вимогами дотримання законності, відшкодування шкоди і відповідальність практично збігаються, а сам факт заподіяння шкоди вже є правопорушенням.

Ключові слова: *цивільно-правова відповідальність, підстави звільнення від відповідальності, справедливість, відшкодування шкоди, правопорушник, склад правопорушення.*

Исследуется сущность и содержание категории „освобождение от гражданско-правовой ответственности”. Аргументировано положение, в соответствии с которым обстоятельства освобождения от ответственности и обстоятельства исключающие ответственности в гражданском праве можно разграничивать только в договорных обязательствах. В деликтах же, вследствие того, что они исполняют важную охранительную функцию, обусловленную требованиями соблюдения законности, возмещение вреда и ответственность практически совпадают, а сам факт причинения вреда уже является правонарушением.

Ключевые слова: *гражданско-правовая ответственность, основания освобождения от ответственности, справедливость, возмещение вреда, правонарушитель, состав правонарушения.*

Investigate the nature and content of the category

of “exemption from civil liability.” Reasoned position, according to which the circumstances of exemption from liability and circumstances precluding liability in civil law can differentiate only in the commitments. The tort is due to the fact that they play an important protective function, due to the requirements of the rule of law, compensation for damages and liability are practically the same, but the fact of the injury is already an offense.

Key words: *civil liability, grounds for exemption from liability, justice, indemnification, offender, corpus delicti*

Проблематика пов’язана з тим, що загальний для цивільного права принцип справедливості вимагає, щоб при покладенні відповідальності за завдання шкоди на правопорушника або суб’єкта, вказаного у законі, враховувалися інтереси не лише потерпілого, але й боржника, на якого покладається обов’язок відшкодування. Разом із тим, за певних обставин, навіть за наявності зовнішніх ознак правопорушення, цивільно-правова відповідальність може не наставати, внаслідок того, що вона виключається взагалі, або внаслідок того, що порушник звільняється від неї.

Внаслідок цього визначення існування підстав для застосування цивільно-правової відповідальності, виключення її або звільнення від неї має важливе значення.

Мета статті: дослідження методологічних засад визначення поняття “звільнення від юридичної відповідальності” взагалі та “звільнення від цивільно-правової відповідальності”, зокрема.

Категорію “звільнення від цивільно-правової відповідальності” аналізували в різні часи такі вчені як, Венгеров А.Б., Іванов В.В., Гойман В.І., Комаров С.О., Малько О.В., Марченко М.М., Стрельник О.Л., Черданцев О.Ф.

Звільнити означає “звільнити від чогось, що вже є (від займаної посади, небажаної сторонньої присутності,

© О.В. Церковна, 2015