

УДК 340.342

Добкіна Катерина Робертівна,

кандидат юридичних наук, доцент

декан юридичного факультету Інституту управління, технологій та права

Державного університету інфраструктури та технологій,

м. Київ, Україна

Лешко Мар'яна Володимирівна,

студентка 2 курсу магістратури

юридичного факультету Інституту управління, технологій та права

Державного університету інфраструктури та технологій,

м. Київ, Україна

АКТУАЛЬНІ ПРОБЛЕМИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ У СФЕРІ ДЕРЖАВНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ

***Анотація.** У статті здійснюється правовий аналіз та характеристика сутності «державних закупівель» у господарському праві України. Доводиться, що в доктрині господарського права України дотепер відсутнє єдине розуміння концептуального поняття – «державні закупівлі». Також в юридичній літературі точаться гострі дискусії з приводу того, чи слід розглядати державні закупівлі в якості інституту господарського права. Малодослідженість окресленої теми робить її актуальною не тільки на доктринальному, а й на правозастосовному рівні.*

Ключові слова: публічні закупівлі, державні закупівлі, інститут господарського права, господарські договори.

***Summary.** The article deals with the legal analysis and characterization of the essence of «public procurement» in the economic law of Ukraine. It is proved that in the doctrine of economic law of Ukraine there is still no single understanding of the conceptual concept - «public procurement». Also, in the legal literature, there are sharp discussions about whether public procurement should be considered as an institution of economic law. Little research in the outlined topic makes it relevant not only on the doctrinal but also on the law enforcement level.*

Key words: public procurement, public procurement, the institution of commercial law, commercial contracts.

Постановка проблеми. В Україні обсяги державних закупівель продукції з кожним роком збільшуються, проте система таких закупівель досі не розвинута. Головними чинниками, що гальмують процес становлення державних закупівель, є, по-перше, невідповідність змін у цій сфері обраному курсу України на членство в Європейському Союзі та Світовій організації торгівлі, а по-друге, недосконалість чинного законодавства щодо забезпечення ефективності, прозорості та економічної доцільності [1].

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Дослідженню даного питання наразі приділяють багато уваги українські та російські вчені, а саме Г. А. Харченко, В. В. Покровська, Н. Несторович, В. І. Смирнов, М. О. Євраєв. Науковці здійснили спробу аналізу загальних тенденцій розвитку сфери державних закупівель у світі. Проте багато теоретичних і методичних питань вирішується не активно, а аналіз міжнародного досвіду у сфері державних закупівель і досі не супроводжується ґрунтовними рекомендаціями щодо впровадження його окремих елементів у вітчизняну систему.

Мета статті полягає у теоретичному висвітленню сутності державних закупівель та ролі правового регулювання у сфері державних закупівель.

Виклад основного матеріалу. Вибір, який зробила Україна в напрямі до ЄС вимагає вживання комплексних заходів щодо перегляду й аналізу чинного законодавства України на предмет його відповідності законодавству ЄС. Угода про партнерство і співробітництво між Україною і Європейськими Співтовариствами та їх державами-членами [1] містить 16 пріоритетних сфер, що потребують негайного вдосконалення та доопрацювання. Серед цих сфер є і сфера державних закупівель.

При цьому роль цього напрямку досить важлива, оскільки саме державне замовлення дає змогу разом із задоволенням загальнодержавних потреб, задовольнити й інтереси приватного, особливо, малого бізнесу шляхом надання йому гарантованого рівня завантаження виробничих потужностей. Однак у повному обсязі державне замовлення зможе виконувати свої функції тільки за умови забезпечення прозорості і конкурентності при його розміщенні [2, с. 2].

Протягом усього періоду існування державних закупівель у тендерному законодавстві відбувалися численні зміни, до нього вносилися різноманітні поправки, які мали на меті покращання і вдосконалення процесу державних закупівель. Однак, незважаючи на це, система державних закупівель все ще має численні недоліки, які стають на заваді реалізації головних принципів державних закупівель, визначених у чинному законодавстві.

Закон України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 [4] (далі – Закон) встановлює правові та економічні засади здійснення закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти.

Світовий банк і Представництво ЄС в Україні у спільному листі від 16.10.2010, відзначивши суттєвий прогрес у регулюванні державних закупівель новим законом, одночасно у цьому ж листі навели близько 50 питань, коментарів і пропозицій щодо вдосконалення Закону в напрямі відповідності міжнародним стандартам. Натомість зазначені останні зміни отримали більш позитивну оцінку від Світового банку та Представництва ЄС в Україні у спільному листі у вересні 2011 року.

Саме тому за два роки чинності вказаного нормативного акта до нього було внесено низку змін, що стосуються не тільки технічних аспектів викладу самих норм у Законі, а й специфіки проведення самої процедури закупівель. З моменту свого ухвалення Закон не був сприйнятий однозначно. Звичайно, встановлюючи постійні правила гри та забезпечуючи широке інформування громадськості про процеси витрачання бюджетних коштів, він дав змогу навести певний порядок на ринку держзакупівель.

Одночасно практика застосування норм Закону підтвердила низку істотних проблем, породжених неоднозначним трактуванням окремих його положень, наприклад: положення щодо вибору кваліфікаційних критеріїв, доволі громіздкий механізм оприлюднення інформації про закупівлі та численні часові ліміти щодо неї, необхідність узгоджувати процедуру закупівлі в одного учасника з Уповноваженим органом, відсутність спеціальних законів, призначених для регулювання закупівель окремих предметів і послуг, незручності для великих державних підприємств, які змушені були гаяти час на довготривалі процедури закупівель і тому програвали конкуренцію приватному бізнесу і т. п. [6]

Розвиток державних закупівель в ЄС пов'язаний зі становленням та розвитком внутрішнього ринку. Важливість держзакупівель є перешкодою для спеціального їх регулювання положеннями установчих договорів ЄС, які містять лише загальні принципи правового регулювання цієї сфери. Згідно з новим Лісабонським договором, регулювання держзакупівель залишається ідентичним за змістом установчим договорам ЄС.

Незважаючи на наявність порівняно великої кількості досліджень у сфері публічних (державних) закупівель, в доктрині господарського права України дотепер відсутнє єдине розуміння концептуального поняття – «публічні закупівлі». Крім того, в юридичній літературі точаться гострі дискусії з приводу того, чи слід розглядати публічні закупівлі в якості інституту господарського права.

Окреслюючи актуальність обраної теми, також варто зазначити, що 2016 р. став роком докорінних змін у системі державних закупівель України. По-перше, 17 лютого 2016 р. Президент України підписав новий Закон України «Про публічні закупівлі». Вже 1 серпня 2016 р. цей Закон став обов'язковим до застосування для всіх замовників державного сектора.

По-друге, вся система державних закупівель була переведена на електронний майданчик і стала здійснюватись виключно в електронній формі. Окрему увагу варто звернути на термін «публічні закупівлі», який став використовуватись у новому Законі. Раніше за всі роки існування незалежної України на законодавчому рівні був закріплений дещо інший термін – «державні закупівлі». Ребрендинг «державних закупівель» на «публічні закупівлі» автори Закону пов'язують з психологічним аспектом сприйняття населення.

Логіка законодавця полягає в тому, що оскільки закупівлі товарів, робіт, послуг здійснюються за кошти платників податків, то останні повинні мати право безперешкодно споглядати та контролювати цей процес «публічно». Останнє, в свою чергу, можливе за умови переведення процесу закупівель в електронну форму через мережу Інтернет.

З огляду на те, що до прийняття Закону України «Про публічні закупівлі» на законодавчому та доктринальному рівнях використовувалось поняття «державні закупівлі», а після прийняття – «публічні закупівлі», то в рамках цього наукового дослідження не будемо проводити між ними будь-якої різниці. Іншими словами, термін «державні закупівлі» є синонімічним терміну «публічні закупівлі», а зміна формулювання пов'язана виключно з проведенням законодавчої реформи в 2016 р. і аж ніяк не пояснюється зміною смислового навантаження.

Нове законодавство про публічні закупівлі, яким було запроваджено електронні аукціони, сприймається господарською спільнотою неоднозначно.

З одного боку, на позитивну оцінку заслуговує підхід щодо регулювання допорогових закупівель (ч. 1 ст. 2 Закону України «Про публічні закупівлі» від 25.12.2015 р., наказ ДП «Зовнішторгвидав України» «Про затвердження Порядку здійснення допорогових закупівель» від 13.04.2016 р.), тим не менш під час проведення допорогових закупівель допускаються порушення конкуренції, зокрема, через посилання на конкретні торговельні марки без зазначення еквіваленту.

З іншого боку, замовники та учасники скаржаться на збої в функціонуванні електронної системи (стороннє втручання в її роботу) та на складність роботи в нових умовах. Щодо апологетів електронних торгів в Україні, то вони визнають наявність проблем, зазначаючи дві виправдувальні обставини: існуючі проблеми неможливо усунути заходами з підвищення прозорості; недоліки організації роботи замовників і некомпетентність членів комітетів з конкурсних торгів. На останню обставину вказують і зарубіжні автори [7, с. 21–26].

На думку одних, проведення державних закупівель за допомогою електронних торгових майданчиків може стати вирішенням проблеми корупції в цій сфері [5, с. 22]. Інші науковці не трактують транспарентність державних закупівель як умову, що усуває корупцію: інформаційна відкритість легітимізує витрати органів влади в очах громадян, дає змогу кожному пересвідчитися в цільовому використанні податків [1, с. 68].

По-перше, для публічних закупівель, ціновий поріг яких становить від 200 тис. грн – для товарів (послуг) і 1,5 млн грн – для робіт, проведення перевірки пропозицій учасників на відповідність кваліфікаційним та іншим технічним вимогам відбувається після визначення переможця за результатами аукціону. Про негативні наслідки цього рішення автор писав у попередніх публікаціях [3, с. 44–54].

Цей підхід суперечить Директиві 2014/24/ЄС [8] (далі – Директива), свідченням чому є інший підхід щодо тендерів в Україні, очікувана вартість яких перевищує 133 тис. євро.

Зокрема, європейський законодавець дотримується наступного підходу стосовно проведення електронного аукціону:

- кваліфікаційний відбір учасників передую початку його проведення;
- не всі найменування предмета закупівель доцільно придбавати в порядку електронного аукціону, що, насамперед, стосується контрактів на виконання робіт, надання послуг, предметом (результатом) яких є інтелектуальна діяльність;
- у порядку аукціону можна придбавати продукцію, характеристики якої придатні для автоматичної (кількісної) оцінки без розгляду замовником, і які можна відобразити в цифрах або відсотках.

Важливо, що запровадження системи електронних закупівель в ЄС не покладає на замовників обов'язок вести електронну (автоматичну) обробку/оцінку пропозицій. Навіть у Зімбабве ціновому конкурсу між постачальниками передую попередня кваліфікація для запобігання шахрайству і корупції [7, с. 21–26].

По-друге, це уникнення процедури закупівлі шляхом роздрібнення її суми на частини [4]. З цим зловживанням пов'язане й інше – приховування тендеру, наприклад, за допомогою неправильного (з помилками) визначення предмета закупівлі, щоб потенційні учасники не змогли його знайти й подати свої пропозиції.

По-третє, он-лайн-аукціон не в усіх випадках забезпечує акцепт замовником найдешевшої пропозиції на ринку, що зумовлено комплексом причин, основними з-поміж яких є такі:

- значна кількість постачальників не беруть участі у тендерах через часті звернення замовників з вимогою знизити ціну (скорочення фінансування);
- можлива легальна відмова замовника від закупівлі у разі відсутності подальшої потреби у відповідному товарі (послугі, роботі);
- за загальним правилом замовники не здійснюють попередню оплату за поставлену продукцію;
- замовники завищують очікувану вартість предмета закупівлі [3, с. 44– 54].

До речі, у країнах, що розвиваються, більшість тендерів присуджуються без належного вивчення ринкової пропозиції, – платність участі у тендері обмежує доступ учасників. Хоча в Канаді саме державні замовники оплачують розміщення відомостей у недержавній електронній тендерній системі MERX [2, с. 32–40].

Також мають місце випадки, коли учасник помилково подає пропозицію з низькою ціною, але в подальшому не може її виправити, оскільки на аукціоні ціна лише зменшується. У зв'язку з відсутністю попереднього відбору постачальників, спотворення результатів електронних аукціонів відбувається у наступний спосіб: один з учасників подає занижену пропозицію, що дозволяє «прибрати» конкурентів, і стає переможцем у тендері, але через його (та, можливо, кількох інших учасників, які запропонували менш вигідні пропозиції) невідповідність кваліфікаційним та іншим вимогам замовника, результати скасовуються, і перемагає інший постачальник з вищою ціною.

Публічні закупівлі забезпечують розвиток та функціонування стратегічних галузей економіки, системи національної безпеки, охорони здоров'я, освіти, науки, культури, фізичної культури і спорту, дотримання порядку і т.п. За допомогою публічних закупівель державний сектор здатен задовільнити свої потреби в товарах, роботах та послугах за рахунок виділених бюджетних коштів. Таким чином, інститут публічних закупівель дає можливість державі за допомогою залучення приватного сектора надати суспільству всі необхідні соціальні послуги. Більше того, доходимо висновку, що повноцінне виконання державою своїх функцій та нормальне функціонування суспільства є неможливим без наявності публічних закупівель.

Інститут державних закупівель перебуває в площині господарського права, якому притаманний імперативний метод регулювання. Основною метою правового інституту публічних закупівель є, з одного боку, забезпечення виконання державою своїх функцій та, з другого боку, захист державного (загальносуспільного) інтересу.

Захист загальносуспільного інтересу в сфері публічних закупівель досягається через реординаційні відносини – учасники закупівель можуть вимагати від держави (замовників закупівель, контролюючих органів) діяти виключно у спосіб, прямо передбачений законодавством, а також вимагати юридичного захисту цих прав у випадку їх порушення.

Однак з моменту укладення договору про закупівлю між державним замовником та переможцем закупівлі виникають класичні приватноправові відносини, які перетворюють замовника на суб'єкта цивільного права.

Іншими словами, після укладення договору про закупівлю за державні кошти, який є завершальною стадією процедур закупівель, між сторонами виникають цивільні права та обов'язки і будь-який метод у даних правовідносинах відсутній. Укладення договору про закупівлю є актом реалізації замовниками своєї цивільної правосуб'єктності на придбання товарів, робіт та послуг для забезпечення публічних потреб. Однак реалізувати надане право державні замовники можуть лише через відповідну процедуру, встановлену законом.

Висновки. З огляду на проведений аналіз, правове регулювання інституту публічних закупівель пропонується визначати як цілеспрямований вплив норм господарського права на процес закупівель за державні кошти, з метою забезпечення за допомогою правових засобів, повного виконання державою покладених на неї суспільством завдань і функцій.

Література:

1. Господарський кодекс України : Закон України від 16 січня 2003 р. (зі змінами та доповненнями) // Офіційний вісник України. – 2003. – № 11. – Ст. 462.
2. Критенко О. О. Теоретичні підходи до визначення поняття «державні закупівлі» / О. О. Критенко // Вісник Академії митної служби України. – 2014. – № 1. – С.19–26.
3. Овсянюк-Бердадіна О. Ф. Організаційно-економічний механізм державних закупівель послуг : дис. ... канд. екон. наук : 08.00.03 / О. Ф. Овсянюк-Бердадіна. – Тернопіль, 2015. – 253 с.
4. Олефір А.О. Господарсько-правове забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я: теоретичні та практичні аспекти : моногр. / А. О. Олефір. – Х. : Юрайт, 2014. – 456 с.
5. Пінькас Г. І. Система ефективного державного фінансового контролю і координації у сфері державних закупівель / Г. І. Пінькас // Актуальні проблеми економіки. – № 2 (92). – 2016. – С. 57–69.
6. Ткаченко Н. Б. Макроекономічні аспекти державних закупівель / Н. Б. Ткаченко, Ю. М. Уманців // Фінанси України. – 2015. – № 8. – С. 82–88.
7. Фалко Ю. Удосконалення управління системою державних закупівель в умовах модернізації економіки України / Ю. Фалко // Вісник Національної академії державного управління при Президентові України. – 2015. – Вип. 3. – С.133–139.
8. Шелухін М.Л. Господарське процесуальне право [текст] : навч. посіб. / М.Л. Шелухін, О.М. Зубатенко. – К. : Центр навчальної літератури, 2016. – 264 с.