

ДЕЯКІ АСПЕКТИ РЕГУЛЮВАННЯ ПРОЦЕДУРИ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ, РЕАЛІЗОВАНИХ У МЕЖАХ МІЖНАРОДНИХ ДОГОВОРІВ УКРАЇНИ

SOME ASPECTS OF REGULATION OF THE PUBLIC PROCUREMENT PROCEDURE IMPLEMENTED WITHIN THE TERMS OF INTERNATIONAL TREATIES OF UKRAINE

Товкун І.М., к.ю.н., доцент,
доцент кафедри господарського права

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Бурдай Ю.Ю., студент IV курсу
міжнародно-правового факультету

Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

У статті проаналізована загальна характеристика процедури здійснення публічних закупівель. Особлива увага приділена провадженню Національних конкурсних торгів за кошти, кредити та позики міжнародних банківських установ. Узагальнені наукові доробки щодо питання невизначеності чинного законодавства України в частині порушення встановлених меж інтересу держави шляхом застосування приписів актів відповідних установ фінансування, які не завжди відповідають положенням закону та їх урахуванню при складанні тендерної документації замовником товарів, робіт і послуг.

Нині, в умовах стрімкого розвитку системи належного здійснення публічних закупівель на території України, попри низку проблемних питань, що поставали перед законодавцем, Закон України «Про публічні закупівлі» має сучасну, наближену до європейської процедуру початку, тривалості та припинення національних тендерних торгів.

У нашому дослідженні пропонуємо приділити увагу двом взаємопов'язаним аспектам системи публічних закупівель України. Серед іншого, першою проблемою виступає питання конкуренції норм актів національного законодавства та положень локальних актів міжнародних банківських установ, на кошти, кредити та позики яких здійснюються публічні закупівлі. Наступним не менш важливим аспектом є проблема порушення інтересів держави крізь призму невідповідності деяких положень локальних актів суб'єктів фінансування публічних закупівель положенням чинного законодавства України.

Питання визначеності, наприклад, органами прокуратури із підставами для здійснення представництва інтересів держави в суді внаслідок порушення норм чинного законодавства України є досить хитким з огляду на те, що не завжди останні здійснюють правильну оцінку ситуації в межах здійснення повноважень із вивчення законності процедури публічних закупівель з огляду на акти, що мають регулювати те чи інше питання. У зв'язку з цим вбачаємо за необхідне провести дослідження законодавства України та доктринальних положень (наукових доробків), що стосуються питання правової регламентації проведення публічних закупівель, підстав і меж порушення інтересу держави.

Ключові слова: публічні закупівлі, національні конкурсні торги, Європейський інвестиційний банк, інтерес держави, тендерні торги.

The articles analyze the general characteristics of the procedure for creating public procurement. Particular attention is paid to the National Competitive Bidding for funds, loans and borrowings of international banking institutions. Generalized scientific achievements on the issues of uncertainty of the current legislation of Ukraine in terms of violations of the established networks of state interests on the application of the relevant funding institutions, which, in turn, is not responsible for establishing the law and returning them when compiling tender documents for customers of goods, works and services.

Today, on the day of rapid development of the public procurement promotion system on the territory of Ukraine, not taking into account a number of problematic issues raised by the legislation, the Law of Ukraine "On Public Procurement" is a modern, close to European procedure.

In our study, we propose to pay attention to two interrelated aspects of Ukraine's public procurement system. Among other things, the first problem is the issue of competition between the norms of national legislation and the provisions of local acts of international banking institutions, for funds, loans and borrowings that carry out public procurement. The next no less important aspect is the problem of violation of the interests of states through the prism of irresponsibility of some provisions of local bodies of subjects of financing of public purchases of resolutions of the current legislation of Ukraine.

The issue of certainty, for example, the prosecutor's office with grounds for establishing representatives of interested states in court to eliminate violations of Ukrainian law is quite significant in the review that will not currently introduce a proper assessment of situations within which public procurement laws are determined in view of acts that should regulate certain issues. In this regard, we demand the need to conduct a study of Ukrainian legislation and doctrinal provisions (scientific paths) relating to issues of legal regulation conducted by public procurement and stands and between violations of state interests.

Key words: public procurement, national competitive bidding, European Investment Bank, state interest, tender bidding.

Постановка проблеми. Жодна з існуючих систем не є досконалою. Так, структура публічних закупівель, хоча й має низку позитивних ознак та характеристик, підлягає ретельному вивченню і дослідженню. В умовах розвитку цього інституту вбачаються непоодинокі розбіжності між актами чинного законодавства України, судовою практикою precedentного характеру (практикою Верховного Суду) та доктриною. У зв'язку з цим пропонуємо, спираючись на основні наукові доробки та положення закону, виокремити та встановити межі порушення інтересу держави з огляду на застосування міжнародних договорів України, здійснюючи процедуру публічних закупівель.

Мета дослідження: вивчення особливостей регулювання та співставлення норм чинного законодавства України й актів міжнародних банківських установ у сфері регулювання публічних закупівель; виокремлення осно-

воположних засад, підстав і завдань, на яких ґрунтуються межі порушення інтересу держави та виникнення підстав для звернення до суду господарської юрисдикції за їх захистом уповноваженими органами влади.

Аналіз останніх досліджень. Питання науково-теоретичного тлумачення сучасного розуміння поняття «публічні закупівлі» та загального розвитку цієї сфери розкривали науковці Я.В. Петруненко, Ю. Уманців та Н. Ткаченко. Наукові доробки зазначених вчених базувалися на загальному аналізі процедури публічних закупівель.

Автори на загальнонаціональному рівні висвітлювали нагальні питання розвитку законодавства в сфері публічних закупівель. Крім того, важливий внесок у розвиток наукового підґрунтя для загально-правового тлумачення сфери наглядового контролю за законністю проведених публічних закупівель зробив О.А. Нагорнічевський.

Виклад основного матеріалу. Процедура публічних закупівель загалом має на меті вирішення багатьох глобальних завдань. Серед них – низка тактичних і стратегічних цілей, які є сукупністю загальних засад із забезпечення якісного та своєчасного розвитку підприємницької діяльності. Необхідно вказати, що характер економічної та соціальної політики значною мірою залежить від законності здійснення національних конкурсних торгів.

Так, за процедурою здійснення публічних закупівель робіт, товарів і послуг наразі встановлений контроль з боку різних органів державної влади та судових установ. До таких відноситься, зокрема, Антимонопольний комітет України та Державна аудиторська служба України. Також необхідно вказати, що згідно з приписами частини 1 статті 53 Господарського процесуального кодексу України [1] у визначених законом випадках прокурор звертається до суду з позовною заявою.

Основні засадничі принципи діяльності із забезпечення належного, повного, всебічного та неупередженого регулювання процедури конкурсних торгів, на думку науковця О.А. Нагорнічевського, полягають у перевірці дотримання вимог, встановлених актами чинного законодавства України; виявленні допущених порушень; усуненні недоліків, що виникають у сфері закупівельної процедури товарів і послуг за рахунок державних коштів [2, с. 185].

Однак перед проведенням дослідження щодо розмежування юридичної сили актів установ, що надають гранти, кредити та позики в рамках міжнародних договорів України та положень законодавства України, і меж порушення інтересу держави в разі недотримання одного із вказаних вище аспектів, варто визначитися із тлумачним поняттям терміну «публічні закупівлі».

Так, Я. Петруненко наголошує на трактуванні державних закупівель як ринкової операції, залишаючи за ринком процес, пов'язаний із так званим прийняттям рішення. При цьому необхідно максимально використовувати перевагу, що являє собою конкуренцію між учасниками закупівель, які згодом стають власне постачальником тієї чи іншої послуги або товару [3, с. 111–112]. Однак Ю. Уманців та Н. Ткаченко зазначали, що визначення закупівлі полягає у сукупності практичного застосування методу та прийому, які мають допомагати максимальному забезпеченню інтересів замовника під час проведення закупівельних процедур [4, с. 83–84].

Основною думкою процитованих авторів у їхніх працях виступав аспект ототожнення понять «інтереси держави» та «інтереси замовника». Попри те, що автори цієї статті при здійсненні дослідження теми мають погодитися із загальним запропонованим визначенням, наданими науковцями, аспект ототожнення зазначених спірних понять не підлягає підтриманню з огляду на те, що замовник, виступаючи суб'єктом Національних конкурсних торгів, зобов'язаний дотримуватися правил, які певною мірою становлять для нього обов'язок. При порушенні цих обов'язків, наприклад положень Закону України «Про запобігання корупції» [5] або приписів Закону України «Про публічні закупівлі» [6], що регулюють порядок схвалення тендерних пропозицій, замовник підлягає притягненню до відповідальності у порядку, зокрема, але не виключно, передбаченого Законом України «Про публічні закупівлі».

На підтримку нашої позиції щодо спростування думки ототожнення понять «інтерес замовника» (в особі органу державної влади чи органу місцевого самоврядування) та «інтерес держави» необхідно навести позицію Конституційного Суду України, який у своєму рішенні від 8 квітня 1999 року по справі № 1-1/99 вказав, що інтереси держави можуть збігатися повністю, частково або не збігатися зовсім з інтересами державних органів, державних підприємств та організацій чи з інтересами господарських товариств із частково державної власності у статутному фонді. Проте держава може вбачати свої інтереси не

тільки в їх діяльності, але й у діяльності приватних підприємств, товариств [7].

Так, до компетенції кожного з контролюючих органів входить питання фактичного дотримання законності процедури публічних закупівель шляхом здійснення ними покладених законом обов'язків. Дослідження стану законності полягає не в тому, щоб кожен з етапів закупівель мав чітку відповідність Закону України «Про публічні закупівлі», а у дотриманні положень законодавства України.

Необхідно зазначити, що відповідно до статті 6 Закону України «Про публічні закупівлі»: «Якщо міжнародним договором України, згоду на обов'язковість якого надано Верховною Радою України, передбачено інший порядок закупівлі, ніж визначений цим Законом, застосовуються положення міжнародного договору України з урахуванням принципів, встановлених у частині першій статті 5 цього Закону. Закупівля товарів, робіт і послуг за кошти кредитів, позик, грантів, що надані відповідно до міжнародних договорів України Міжнародним банком реконструкції та розвитку, Міжнародною фінансовою корпорацією, Багатостороннім агентством з гарантування інвестицій, Міжнародною асоціацією розвитку, Європейським банком реконструкції та розвитку, Європейським інвестиційним банком, Північним інвестиційним банком, а також іншими міжнародними валютно-кредитними організаціями, здійснюється згідно з правилами і процедурами, встановленими цими організаціями з урахуванням принципів, встановлених у частині першій статті 5 цього Закону, а в разі невстановлення таких правил і процедур – відповідно до цього Закону» [6]. У зв'язку з цим необхідно вказати, що процедура закупівель регламентується, окрім іншого, й положеннями міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України, що є прямим втіленням загального конституційного принципу «*pacta sunt servanda*» («міжнародні договори повинні виконуватися»).

Також зазначена стаття висвітлює аспект регулювання процедури публічних закупівель локальними актами установ, що виступають суб'єктами фінансування (надання кредитів, грантів і позик). Із викладеного вище необхідно зробити висновок, що органи державної влади при здійсненні наглядового контролю за законністю здійснення процедури конкурсних торгів зобов'язані враховувати повний спектр законодавчих приписів, які включають в себе, зокрема, й Конституцію України, Закон України «Про публічні закупівлі», міжнародні договори України, а в окремих випадках й акти міжнародних банківських установ, що фінансують відповідний проєкт.

Тому пропонуємо розглянути питання відповідності положень чинного законодавства України особливим актам, які регламентують порядок здійснення публічних закупівель у певному випадку. Варто вказати, що нині Україна має угоду, яка носить характер міжнародно-правового договору України, з Європейським інвестиційним банком. Фінансова угода між Україною та Європейським інвестиційним банком проєкт «Надзвичайна кредитна програма для відновлення України» [8] містить низку положень, які чітко визначають, що за умови надання кредиту, позики чи гранту відповідним суб'єктом фінансування замовник в особі України має керуватися положеннями затвердженого «Посібника про закупівлю робіт». Підтвердженням цього твердження є такі приписи міжнародного договору України:

1. Позичальник забезпечує, що кожен кінцевий бенефіціар придбає устаткування, забезпечить замовлення послуги та інших робіт для проєкту шляхом прийнятної процедури закупівель, що є задовільною для банку та відповідає його політикам і стандартам, зазначеним у його «Посібнику з питань закупівель».

2. Позичальник підтверджує банку, що кожен кінцевий бенефіціар виконав усі застосовні політики та керівні настанови банку, в тому числі (без обмеження)

«Екологічні та соціальні стандарти», «Посібник банку з питань закупівель» [8].

У зв'язку із викладеним вище необхідно зазначити, що з огляду на стрімкий розвиток законодавства України про публічні закупівлі локальні положення актів суб'єктів фінансування тендерних торгів можуть мати розбіжності з ним. Повертаючись до «Посібника із процедури закупівель», ухваленого Європейським інвестиційним банком, необхідно вказати, що згідно з абзацом 8 пункту 4.3: «Для НКТ рекомендовано застосовувати такі кваліфікаційні критерії: 1) загальний досвід роботи: не менше 4 років; 2) відповідний досвід роботи: не менше 2 аналогічних договорів протягом останніх 4 років із вартістю кожного договору не менше 30% від суми тендерної пропозиції; 3) фінансова спроможність учасника закупівлі: середньорічний оборот коштів за останні 4 роки (середнє арифметичне значення річних оборотів) – не менше 100% від суми пропозиції» [9, с. 6].

Відповідно до частини 2 статті 16 Закону України «Про публічні закупівлі»: «Замовник встановлює один або кілька з таких кваліфікаційних критеріїв: 1) наявність в учасника процедури закупівлі обладнання, матеріально-технічної бази та технологій; 2) наявність в учасника процедури закупівлі працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід; 3) наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного (аналогічних) за предметом закупівлі договору (договорів); 4) наявність фінансової спроможності, яка підтверджується фінансовою звітністю» [6].

Необхідно зазначити, що кваліфікаційні критерії, встановлені у двох наведених вище актах, відрізняються. Так, наслідки недотримання критеріїв, визначених в Законі України «Про публічні закупівлі», є досить жорсткими з огляду на запропоновану та затверджену замовниками тендерну документацію. Для прикладу пропонуємо розглянути будь-яку довільно обрану тендерну документацію в межах публічних закупівель, що реалізується в рамках Фінансової угоди між Україною та Європейським інвестиційним банком (проект «Надзвичайна кредитна програма для відновлення України»). А саме публічну закупівлю робіт із реконструкції загальноосвітньої школи I-III ступенів № 4 Покровської міської ради Донецької області, розташованої за адресою: Донецька обл., м. Покровськ, вул. Таманова, 16 (коригування) [10].

Тендерна документація зазначених торгів закріплює, що в разі отримання достовірної інформації про його невідповідність вимогам кваліфікаційних критеріїв відповідно до статті 16 Закону та тендерної документації наявність підстав, зазначених у частині першій статті 17 Закону, або факту зазначення у тендерній пропозиції будь-якої недостовірної інформації, що є суттєвою при визначенні результату процедури закупівлі, замовник відхиляє тендерну пропозицію такого учасника.

У зв'язку з цим можна дійти другого проміжного висновку стосовно того, що нині існують певні розбіжності та недосконалості у сфері проведення публічних закупівель в рамках міжнародно-правових договорів, система їх регламентування наразі потребує негайного вдосконалення в аспекті розмежування юридичної сили за правозастосовними актами та негайного узгодження тендерних документів із такими положеннями. Підставами для цього виступають непоодинокі позовні заяви, які здебільшого подають органи прокуратури щодо порушення

суб'єктами публічних закупівель процедури проведення відповідних торгів.

Так, відповідно до приписів частини 4 статті 53 Господарського процесуального кодексу України прокурор, який звертається до суду в інтересах держави, у позовній чи іншій заяві, скарзі обґрунтовує, в чому полягає порушення інтересів держави, необхідність їх захисту, визначені законом підстави для звернення до суду прокурора, а також зазначає орган, уповноважений державою здійснювати відповідні функції у спірних правовідносинах [1]. Тому необхідно зробити висновок, що підставою для звернення прокурора до суду господарської юрисдикції є порушення інтересу держави, що у звичайних умовах може полягати в недотриманні положень, передбачених статтями 16 і 17 Закону України «Про публічні закупівлі». Однак така нетипова ситуація, яка складається зі здійсненням Національних конкурсних торгів відповідно до положень актів суб'єктів їх фінансування, ставить під сумнів факт порушення інтересу держави.

Варто вказати на те, що Конституційний Суд України у своєму рішенні від 8 квітня 1999 року по справі № 1-1/99 вказав, що для вирішення справи суттєвим вбачається з'ясування поняття «інтересу держави». У процесі дослідження встановлено, що державні інтереси закріплюються як нормами Конституції України, так і нормами інших правових актів [7]. Звідси вбачається, що інтерес держави передбачає дотримання не лише Основного Закону України, а й інших правових актів, до яких, очевидно, належать міжнародні договори України.

Дотримуючись нашої теорії щодо того, що акти, зокрема, але не виключно Європейського інвестиційного банку в межах проведення публічних закупівель за кошти, надані останнім, мають обов'язковий характер застосування, не можуть бути підставою для порушення інтересу держави. Таким чином, звернення органу, уповноваженого на захист інтересів держави у суді господарської юрисдикції, з підстав дотримання засад «Посібника про процедуру закупівель», схваленого вказаним вище суб'єктом, і часткове недотримання приписів Закону України «Про публічні закупівлі» може свідчити лише про наявність колізії, що має бути вирішено на законодавчому рівні.

Висновки. Враховуючи викладене вище, необхідно дійти висновку про те, що нині чинне законодавство України про публічні закупівлі, серед іншого, недосконало регулює процедуру здійснення Національних конкурсних торгів за кредити, позики та гранти міжнародних банківських установ відповідно до міжнародних договорів, згода на обов'язковість яких надана Верховною Радою України.

Серед нагальних проблем, які підлягають вирішенню на законодавчому рівні, є встановлення ієрархії юридичної сили між законодавчими актами України та актами суб'єктів фінансування публічних закупівель на території України. Вирішення цієї проблеми призведе до значного зменшення безпідставно поданих позовних заяв органами, уповноваженими на здійснення контролю за процедурою закупівельних конкурсів.

Також необхідно вказати, що наразі недоцільно ототожнювати поняття «інтересу держави», який може бути порушений під час закупівельної процедури, та «інтересу замовника», адже вони є докорінно різними, що підтвердив у своїх рішеннях Конституційний Суд України. Крім того, варто визнати недосконалість юридичної визначеності актів законодавства в питанні порушення інтересу держави, який передбачає дотримання приписів правових актів.

ЛІТЕРАТУРА

1. Господарський процесуальний кодекс України від 06.11.1991 № 1798-XII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1798-12#Text>.
2. Нагорнічевський О. А. Основні напрями удосконалення державного управління у сфері державних закупівель в Україні у контексті національної безпеки. *Ефективність державного управління*. 2015. Вип. № 43. С. 184–192.
3. Петруненко Я. В. Господарсько-правові основи державних закупівель в Україні. Дисертація. Одеса. 2013. 215 с.
4. Ткаченко Н. Б. Макроекономічні аспекти державних закупівель. *Фінанси України*. 2009. № 8. С. 82–88.
5. Закон України «Про запобігання корупції» від 14.10.2014 № 1700-VII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1700-18#Text>.
6. Закон України «Про публічні закупівлі» від 25.12.2015 № 922-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19/conv#Text>.

7. Рішення Конституційного Суду України від 8 квітня 1999 року по справі № 1-1/99. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v003p710-99#Text>.
8. Фінансова угода між Україною та Європейським інвестиційним банком проект «Надзвичайна кредитна програма для відновлення України», ратифікована Законом України № 346-VII від 22.04.2015. URL: https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/971_014#Text.
9. Посібник «Процедура закупівель. Конкурсні торги за національними процедурами. Надзвичайна кредитна програма для відновлення України». Європейський інвестиційний банк. Переклад Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України. Київ. 2017. 15 с.
10. План публічної закупівлі із реконструкції загальноосвітньої школи I-III ступенів № 4 Покровської міської ради Донецької області, розташованої за адресою: Донецька обл., м. Покровськ, вул. Таманова, 16 (коригування). Prozorro. URL: <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2020-08-07-000229-c>.