

АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВА СКЛАДОВА МІЖНАРОДНИХ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ ДЛЯ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ОБОРОННИХ ПОТРЕБ**ADMINISTRATIVE AND LEGAL COMPONENT OF INTERNATIONAL PUBLIC PROCUREMENT FOR DEFENSE NEEDS**

Настюк В.Я., д. ю. н., професор,
завідувач кафедри адміністративного права та адміністративної діяльності
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Шаповал Р.В., д. ю. н., професор,
професор кафедри адміністративного права та адміністративної діяльності
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Солнцева Х.В., к. ю. н., доцент,
доцент кафедри адміністративного права та адміністративної діяльності
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого

Повномасштабне вторгнення Російської Федерації (надалі – рф) на територію України 24 лютого 2022 року змусило вище політичне керівництво країни приймати оперативні та неординарні рішення задля надання відсічі збройній агресії. Законодавчі зміни торкнулися майже усіх сфер життя суспільства, проте насамперед галузі сектору безпеки і оборони країни, на яку припала чи не найбільша відповідальність за збереження територіальної цілісності та суверенітету країни. Найважливіші зміни, що привертають увагу та є одними з найактуальнішими для досліджень в контексті війни на території України є оборонне забезпечення армії, його порядок, нормативна складова, недоліки та механізми вдосконалення.

У статті досліджуються проблеми та особливості адміністративно-правового забезпечення оборонних закупівель в умовах воєнного стану. Надається авторське визначення поняття прямих оборонних закупівель. Аналізується система нормативних актів, що регулюють закупівлі у сфері оборони у воєнний час. Констатується та аргументується що попри лібералізацію, дебюрократизацію та легалізацію здійснення оборонних закупівель за особливою процедурою, вони не повинні бути позбавлені адміністративно-правового регулювання, що здійснюється насамперед через застосування системи заходів адміністративного нагляду та контролю, навіть під час воєнного стану. Запропоновані конкретні механізми удосконалення законодавчої бази у сфері оборонних закупівель. Наголошується на необхідності запровадження в межах оборонних закупівель конкретних заходів адміністративного примусу.

Для забезпечення потреб оборони, Уряд країни здійснив доволі важливі зміни та максимально спростив процедуру закупівель, запровадивши так звані прямі оборонні закупівлі. Норми, оновленого законодавства у сфері публічних та оборонних закупівель, що були піддані критиці мають застосовуватись для полегшення оборонних заходів країни з розумним балансом та відповідними корективами, задля надання гідного опору окупаційним військам рф та в будь-якому випадку не повинні бути повністю позбавлені чи пронизані декларативним державним регулюванням, адже сфера публічних закупівель не є тією галуззю, де вплив держави має бути мінімальним, навіть за умови воєнного стану.

Ключові слова: оборонні закупівлі, повномасштабне вторгнення, оборона країни, воєнний стан.

The full-scale invasion of the Russian Federation (hereinafter referred to as RF) on the territory of Ukraine on February 24, 2022, forced the country's top political leadership to take operational and extraordinary decisions to repel armed aggression. Legislative changes affected almost all spheres of society's life, but primarily the country's security and defense sector, which bears almost the greatest responsibility for preserving the country's territorial integrity and sovereignty. The most important changes that attract attention and are among the most relevant for research in the context of the war on the territory of Ukraine are the defense support of the army, its order, regulatory component, shortcomings and improvement mechanisms.

The article examines the problems and peculiarities of the administrative and legal provision of defense procurement under martial law. The author's definition of the concept of direct defense procurement is provided. The system of regulatory acts regulating procurement in the field of defense during wartime is analyzed. It is stated and argued that despite the liberalization, debureaucratization and legalization of defense procurement under a special procedure, they should not be deprived of administrative supervision and control even during martial law. Specific mechanisms for improving the legislative framework in the sphere of public defense procurement are proposed.

To meet the needs of defense, the Government of the country made quite important changes and simplified the procurement procedure as much as possible, introducing the so-called direct defense procurement. The norms of updated legislation in the field of public and defense procurement that have been criticized should be applied to facilitate the country's defense measures with a reasonable balance and appropriate adjustments, in order to provide decent resistance to the occupying forces of the Russian Federation, and in any case should not be completely deprived of or permeated with declarative state regulation., because the sphere of public procurement is not an industry where the influence of the state should be minimal, even under martial law.

Key words: defense procurement, full-scale invasion, national defense, martial law.

Початок збройної агресії рф проти України у лютому 2022 року став наслідком введення Указом Президента України № 64/2022 від 24.02.2022 на всій території України правового режиму воєнного стану. Вказаним Указом, з-поміж іншого, Кабінету Міністрів України (надалі – КМУ) було доручено здійснення введення в дію плану запровадження та забезпечення заходів правового режиму воєнного стану, а також забезпечення фінансування та вжиття в межах повноважень інших заходів, пов'язаних із запровадженням правового режиму воєнного стану [1]. Реалізуючи свої повноваження, керуючись вищезгаданим Указом Президента України, положеннями Конституції України,

Законом України «Про правовий режим воєнного стану» та Законом України «Про оборонні Закупівлі» Кабмін прийняв Постанову № 169 від 28.02.2022 «Деякі питання здійснення оборонних та публічних закупівель товарів, робіт і послуг в умовах воєнного стану» (надалі – Постанова КМУ № 169) [2]. Постанова КМУ № 169 визначає загальні засади здійснення оборонних закупівель в умовах воєнного стану та, по суті, розширює (доповнює) та подекуди змінює чи дозволяє не застосовувати окремі норми Закону України «Про оборонні закупівлі».

Постанова КМУ № 169, як слушно зауважує, Руденко Т. В. дозволила суб'єктам публічних закупи-

вель негайно вирішити нагальні проблеми, що торкнулися сфери закупівель із початком війни, однак з наданням переваги саме терміновості закупівель, коли такі принципи як відкритість, прозорість, об'єктивність та економічна ефективність закупівель вийшли на другий план [3]. На наше переконання, наведена Постанова Кабміну дозволила говорити про приховування поставальників зброї, її об'ємів, фінансові питання тощо та як наслідок стала підґрунтям як до легальних закупівель товарів для потреб оборони та і до так званих нелегальних, тобто поза межами адміністративно-правового регулювання оборонних закупівель.

Основною новелою законодавства у закупівельній сфері під час воєнного стану, що викликає чимало дискусій, стала можливість здійснення оборонних закупівель без застосування процедур закупівель та спрощених закупівель, що визначені Законами України «Про публічні закупівлі» та «Про оборонні закупівлі». Вважаємо за необхідне окреслити поняття, що найбільш повно буде описувати порядок та механізм здійснення вказаних закупівель, а саме:

Прямі оборонні закупівлі – тобто здійснення оборонних закупівель в особливому порядку або особливий порядок здійснення оборонних закупівель під яким слід розуміти здійснення оборонних закупівель уповноваженими на це суб'єктами, зокрема, але не виключно сектору безпеки, і оборони країни, що полягає у їх проведенні без застосування процедури закупівель та спрощених закупівель визначених Законами України «Про публічні закупівлі» та «Про оборонні закупівлі», але з обов'язковим виконанням інших встановлених законодавством вимог.

З одного боку, можна говорити, що такий крок виправданий та пов'язаний з загрозами й викликами воєнного часу, з іншого ж, говорить про недосконалість правового забезпечення та його неготовність й непристосованість до критичних ситуацій, а зупинення роботи органу оскарження, яким є Антимонопольний комітет України на доволі тривалий час та відсутність можливості звернення до державних інформаційних реєстрів у сфері закупівель, у зв'язку із запровадженими відповідних обмежень взагалі породив ситуацію невизначеності та правового хаосу.

У контексті викладених новел, слід констатувати, що корупційні ризики та інша протиправна поведінка суб'єктів, залучених до публічних закупівель існують незалежно від політичної ситуації у країні. Чимало правоохоронних та інших контролюючих органів на сьогодні є залученими до виконання різних завдань, пов'язаних із наданням відсічі збройній агресії РФ, що безумовно створює більш сприятливе, порівняно з мирним часом, середовище для здійснення протиправних діянь, у тому числі, у сфері оборонних закупівель, у зв'язку з тим, що в мирний час правоохоронна система займається переважно внутрішніми проблемами країни.

Спрошена процедура публічних закупівель (маючи на увазі законодавчо дозволене здійснення публічних закупівель в обхід загальноприйнятої процедури або прями оборонні закупівлі – авт.) у сфері оборони, яка функціонує в умовах воєнного стану полегшує закупівельні процедури та знижує контроль [4, с. 581] однак, слід нагадати, що система публічних закупівель роками проходила шлях реформування від закритості до прозорості, переведення з тіньового в електронний формат [5, с. 29] з метою досягнення якомога більшого зниження впливу корупційних факторів. У свою чергу, зменшення адміністративно-правового регулювання, відсутність належних заходів адміністративного примусу, що є наслідком великої законодавчої дерегуляції, відкидає на крок назад вказане реформування та повертає систему державних закупівель до старих викликів, де одним з найголовніших лишаються корупційні правопорушення.

Незважаючи на те, що із плином часу та пристосуванням державних процесів до військових загроз, держава

тако внесла чимало змін у регулювання оборонних закупівель, якою пододала деякі правові прогалини та суперечності, що у цілому дозволяє констатувати позитивну тенденцію в окремих питаннях адміністративно-правового забезпечення оборонних закупівель, однак, окремі норми, що їх внесла переважно Постанова Кабінету Міністрів України № 723 від 24.06.2022 року «Про внесення змін до постанов Кабінету Міністрів України від 14 вересня 2020 р. № 822 і від 28 лютого 2022 р. № 169» (надалі – Постанова КМУ № 723) [6] все ще викликають низку зауважень.

Відтак, вважаємо позитивним кроком окреслення чіткого переліку суб'єктів, які мають право здійснювати прямі оборонні закупівлі, якими згідно з Постановою КМУ № 169 (в редакції Постанови КМУ № 723) та відповідно до ч. 9 ст. 3 Закону України «Про публічні закупівлі» є Міністерство оборони України та його розвідувальний орган, Міністерство внутрішніх справ України, Служба безпеки України, Національна гвардія України, Національна поліція України, Державна прикордонна служба України, Служба зовнішньої розвідки України, Державна служба спеціального зв'язку та захисту інформації України, Державна спеціальна служба транспорту, Державна служба України з надзвичайних ситуацій, Управління державної охорони України та інші військові формуваннями та/або частини [7] та згідно з Постановою КМУ № 169 (в редакції Постанови КМУ № 723) акціонерне товариство «Українська залізниця».

Необхідно наголосити, що попри запровадження переліку органів, уповноважених здійснювати закупівлю за особливою процедурою, ч. 9 ст. 3 Закону України «Про оборонні закупівлі» наголошує, що у період введення воєнного стану, закупівля цими органами товарів, робіт та послуг для гарантованого забезпечення потреб оборони (окрім товарів, робіт та послуг, що закупаються на підставі договорів між центральним органом виконавчої влади, відповідальним за формування та реалізацію державної політики у сфері національної безпеки, у воєнній сфері, сферах оборони і військового будівництва, та спеціалізованими організаціями, які здійснюють закупівлі), здійснюється на підставі окремого закону, однак ані Постанова КМУ № 723, ані Постанова КМУ № 169 не є таким законом у розумінні вказаної норми, а будь-яких змін до Закону України «Про оборонні закупівлі», які визначали б особливості здійснення оборонних закупівель під час воєнного стану не прийнято.

У свою чергу Закон України «Про оборонні закупівлі» передбачає лише наступні види закупівель:

- закрита закупівля;
- торги з обмеженою участю;
- спрощені торги із застосуванням електронної системи закупівель;
- спрощений відбір без застосування електронної системи закупівель [8].

Кожен з вказаних видів має свої особливості та механізми реалізації. Проаналізовані ж нами Постанови Кабміну, що вводять в обіг поняття прямих оборонних закупівель, виводять їх за межі регулювання Закону України «Про оборонні закупівлі». З наведеного вбачається доволі явна проблема, коли орган виконавчої влади перебирає на себе компетенцію законодавця та своїм рішенням здійснює доповнення законодавчих норм, що є виключною прерогативою законодавця. Для внесення відповідних змін, Кабмін мав би подати до Верховної Ради України відповідний законопроект про внесення змін до Закону України «Про оборонні закупівлі» й запропонувати тим самим введені ним зміни.

Зрозуміло, що на теперішній час оборонні закупівлі відбуваються у встановленому Постановами Кабміну порядку. Доречно звернути увагу, що наразі на підпис Президента України очікує Проект Закону про внесення

змін до Законів України «Про центральні органи виконавчої влади» та «Про правовий режим воєнного стану» щодо забезпечення керованості державою в умовах воєнного стану, останнім передбачається надання Кабміну повноважень приймати рішення, що потребують законодавчого врегулювання у різних сферах, не виключенням стала й сфера економіки [9]. Однак, вказаний Проект Закону ще не набрав чинності, а отже ще не може врегулювати суспільних відносин.

Крім того, у згаданому Законопроекті йдеться про надання КМУ повноважень з прийняття рішень, що потребують законодавчого регулювання, однак, з буквального тлумачення вказаної норми вбачається, що мова йде про повноваження Кабміну виключно у разі відсутності законодавчого регулювання питань, що потребують такого регулювання. Тобто, коли таке регулювання вже наявне (до прикладу: порядок та особливості оборонних закупівель вже врегульовано на рівні Закону України «Про оборонні закупівлі») Уряд не має право змінювати, доповнювати, розширювати таке правове регулювання, якщо про інше не вказано у самому законодавчому акті, в якому наявна воля парламенту.

У будь-якому випадку, Постанови Кабміну, що внесли зміни у правове регулювання оборонних закупівель були прийняті раніше набрання чинності вищезгаданим Законопроектом, а відтак питання легітимності згаданих Постанов має місце бути. Вважаємо, що куди правильніше з правової точки зору було б здійснити внесення відповідних змін у профільний закон, що врегульовує правовідносини у сфері публічних оборонних закупівель.

З огляду на це, пропонуємо деякі альтернативні шляхи вдосконалення та унормування правового регулювання оборонних закупівель на рівні закону, а саме:

1. Доповнити ч. 1 ст. 16 Закону України «Про оборонні закупівлі» новим пунктом, який викласти у такій редакції: «прямі оборонні закупівлі», а також доповнити ст. 16 Закону України «Про оборонні закупівлі» новою частиною, яку викласти у наступній редакції: «Прямі оборонні закупівлі здійснюються державним замовником у порядку та на умовах визначених Кабінетом Міністрів України, з урахуванням особливостей, визначених цим Законом».

2. Доповнити ст. 16 Закону України «Про оборонні закупівлі» новою частиною, яку викласти у наступній редакції: «У разі введення на території України воєнного або надзвичайного стану оборонні закупівлі можуть здійснюватися у порядку та на умовах визначених Кабінетом Міністрів України, з урахуванням особливостей визначених цим Законом».

Саме такі зміни дозволять Кабміну діяти відповідно до визначених Законом норм, та не суперечити його основним положенням.

Іншим важливим питанням лишається декларативне відсилання Постанови КМУ № 169 (в редакції Постанови КМУ № 723) на необхідність дотримання суб'єктами, що здійснюють оборонні закупівлі принципів своєчасності та відповідності прийнятих рішень стосовно захисту національних інтересів країни, забезпечення потреб безпеки і оборони, ефективності використання коштів та результативність (пп. 3 п. 1 Постанови КМУ № 169 в редакції Постанови КМУ № 723). Втім, не зрозуміло, хто, яким чином та на якій правовій підставі буде гарантувати дотримання вказаних принципів, а також, яку відповідальність будуть нести особи, які їх порушують, що свідчить про відсутність будь-якого адміністративного примусу з боку держави.

У зв'язку з викладеним, доречно було б доповнити підпункт 3 пункту 1 Постанови КМУ № 169 новим абзацом у наступній редакції: «Контроль за виконанням принципів здійснення публічних закупівель покладається на Антимонопольний Комітет України та його уповноважені органи відповідно до наданих їм повноважень».

Наступною нормою, що на наш погляд не є цілком досконалою є надання замовникам права не включати до річного плану прямих оборонних закупівель та не оприлюднювати звіт про договір про пряму оборонну закупівлю та додатків до нього, а зробити це не пізніше ніж через 70 днів з дня припинення чи скасування воєнного стану в Україні (абз. 8 пп. 3 п. 1 Постанови № 169 в редакції Постанови № 723).

На жаль, військові дії в Україні тривають вже значний проміжок часу, російська агресія продовжує нарощуватись кожного дня, відсутні будь-які прогнози щодо закінчення воєнного стану, а отже, маємо невизначеність щодо строку надання державними замовниками обов'язкової звітності за закупівлями. З метою уникнення такої невизначеності пропонуємо змінити формулювання вказаного строку з прив'язки до воєнного стану до, наприклад, річної чи кварталної звітності та внести відповідні зміни до абз. 8 пп. 3 п. 1 Постанови № 169 в редакції Постанови № 723.

Чергова норма, що може викликати дискусії була введена згідно з Постановою Кабінету Міністрів № 335 від 20.03.2022 року «Деякі питання здійснення оплати товарів, робіт і послуг для забезпечення потреб сектору безпеки і оборони в умовах воєнного стану» (надалі Постанова КМУ № 335) [10] відповідно до якої Постановою КМУ № 169 було доповнено новим пунктом згідно з яким державні замовники у сфері оборонних закупівель для здійснення передплати за державними контрактами мають право перераховувати кошти виконавцям, постачальникам і надавачам на рахунки, що відкриті на їх ім'я в державних банках, з подальшим використанням вказаних коштів на цілі, визначені оборонним договором з наданням підтверджувальних документів (п. 7 Постанови КМУ № 169 в редакції Постанови КМУ № 335).

З урахуванням оціночного поняття підтверджувальних документів, ними можуть будь-які документи, наприклад за фіктивними договорами виконавця – як наслідок отримання виконавцем на свій банківський рахунок будь-якого обсягу коштів на реалізацію власних потреб, надумано пов'язаними із виконанням державного контракту та/або надання підтверджувальних документів, що будуть вказувати завищену або занижену (з метою ухилення від податків) ціну, а з урахуванням процедури оприлюднення та звітування за прямими оборонними закупівлями, факт такого зловживання, що має стати підставою для застосування до суб'єктів, що здійснюють оборонні закупівлі заходів адміністративного примусу, буде довести майже неможливо.

Отже, вищезгадані норми мають місце бути, однак не у чистому вигляді, а з підкріпленням відповідними контрольними заходами, доречно було б надати Антимонопольному Комітету чіткі повноваження щодо здійснення вибіркової перевірки державного контракту в межах прямої оборонної закупівлі вимогам, щонайменше, прописаних у Постанові КМУ № 169 принципів, на основі яких вони мають відбуватись та передбачити особливу процедуру притягнення до відповідальності винних осіб.

Висновки. Підсумовуючи, справедливо дійти до наступних висновків:

Збройна агресія РФ проти України змусила українську державу протистояти чималій кількості викликів і загроз, не виключенням стала й система сектору безпеки і оборони, на яку припала чи не найбільша відповідальність за збереження територіальної цілісності та суверенітету країни.

Для забезпечення потреб оборони, Уряд країни здійснив доволі важливі зміни та максимально спростив процедуру закупівель, запровадивши так звані прямі оборонні закупівлі під якими варто розуміти здійснення оборонних закупівель в особливому порядку або особливий порядок здійснення оборонних закупівель під яким слід розуміти здійснення оборонних закупівель уповноваженими на це

суб'єктами, зокрема, але не виключно сектору безпеки, і оборони країни, що полягає у їх проведенні без застосування процедури закупівель та спрощених закупівель визначених Законами України «Про публічні закупівлі» та «Про оборонні закупівлі», але з обов'язковим виконанням інших встановлених законодавством вимог.

Не зважаючи на позитивні зміни, якими доповнюється українське законодавство у сфері оборонних закупівель, варто наголосити на гострій потребі запровадження (повернення) у сферу закупівель для потреб оборони країни адміністративно-правових механізмів

нагляду та контролю, а також заходів адміністративного примусу.

Норми, що були піддані критиці мають застосовуватись для полегшення оборонних заходів країни з розумним балансом та відповідними запропонованими корективами, задля надання гідного опору окупаційним військам РФ та в будь-якому випадку не повинні бути повністю позбавлені чи пронизані декларативним державним регулюванням, адже сфера публічних закупівель на наше особисте переконання не є тією галуззю, де вплив держави має бути мінімальним, навіть за умови воєнного стану.

ЛІТЕРАТУРА

1. Про введення воєнного стану в Україні : Указ Президента України від 24.02.2022 № 64/2022. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/64/2022#Text> (дата звернення: 10.06.2022).
2. Деякі питання здійснення оборонних та публічних закупівель товарів, робіт і послуг в умовах воєнного стану : Постанова Кабінету Міністрів України від 28.02.2022 № 169. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/169-2022-п#Text> (дата звернення: 10.06.2022).
3. Руденко Т. В. Назріли зміни у воєнних закупівлях. На що очікуємо. *Юридична газета online*. 2022. URL: <https://jur-gazeta.com/dumka-eksperta/nazrili-zmini-u-voennih-zakupivlyah-na-shcho-ochikuemo.html> (дата звернення: 12.06.2022).
4. Бурлака М. О., Дзюба О. М. Особливості застосування системи публічних закупівель Prozorro в умовах воєнного стану. The 10th International scientific and practical conference «International scientific innovations in human life» *Cognum Publishing House, Manchester, United Kingdom*. 2022. С. 578–581. URL: <https://sci.lidubgd.edu.ua/jspui/bitstream/123456789/10393/1/12%20Мартин%20О.М.%20с.%20606-612.%20INTERNATIONAL-SCIENTIFIC-INNOVATIONS-IN-HUMAN-LIFE-13-15.04.22.pdf#page=578> (дата звернення: 15.06.2022).
5. Суходольська Н. А. Загальна характеристика системи публічних закупівель товарів, робіт і послуг в Україні. *Наукові записки Львівського університету бізнесу та права*. 2022. № 33. С. 28–34.
6. Про внесення змін до постанов Кабінету Міністрів України від 14 вересня 2020 р. № 822 і від 28 лютого 2022 р. № 169 : Постанова Кабінету Міністрів України від 24.06.2022 № 723. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/723-2022-п#Text> (дата звернення: 03.07.2022).
7. Про публічні закупівлі : Закон України від 25.12.2015 № 922-VIII. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19#n901> (дата звернення: 03.07.2022).
8. Про оборонні закупівлі : Закон України від 17.07.2020 № 808-IX. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/808-20/conv#n239> (дата звернення: 04.07.2022).
9. Проект Закону про внесення змін до Законів України «Про центральні органи виконавчої влади» та «Про правовий режим воєнного стану» щодо забезпечення керованості державою в умовах воєнного стану. URL: <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/Card/39203> (дата звернення: 04.07.2022).
10. Деякі питання здійснення оплати товарів, робіт і послуг для забезпечення потреб сектору безпеки і оборони в умовах воєнного стану : Постанова Кабінету Міністрів України від 20.03.2022 № 335. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/335-2022-п#Text> (дата звернення: 04.07.2022).