


**LEGAL REGULATION OF ECONOMIC
RELATIONS IN SPECIFIC AREAS
AND SECTORS OF THE ECONOMY**

<https://doi.org/10.15407/econlaw.2019.04.045>

УДК 338:346

В.К. МАЛОЛІТНЕВА, канд. юрид. наук, учений секретар
Інститут економіко-правових досліджень НАН України, м. Київ, Україна
 orcid.org/0000-0001-9678-1750

**ОСОБЛИВОСТІ РЕАЛІЗАЦІЇ ПРИНЦИПУ
ПРОПОРЦІЙНОСТІ У ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЛЯХ**

Ключові слова: публічні закупівлі, принцип пропорційності, державне регулювання, конкуренція, «горизонтальні» цілі.

Досліджено сутність принципу пропорційності у публічних закупівлях, визначену через категорію обмеження дискреції замовників під час усіх етапів закупівлі, що може слугувати додатковою гарантією для захисту учасників тендеру від дискримінаційних вимог, які є завищеними або не є об'єктивно виправданими; категорію узгодження дій законодавця у частині визначення нормативно-правових засад здійснення публічних закупівель із економіко-правовою метою таких закупівель; категорію визначення меж можливих обмежень конкуренції під час здійснення закупівлі, які обумовлені публічним інтересом. Акцентовано увагу на ролі принципу пропорційності у разі реалізації «горизонтальних» цілей у публічних закупівлях.

Вступ. Принципи здійснення публічних закупівель відіграють важливу роль у спрямуванні правового регулювання відносин у цій сфері. Поряд із такими основоположними та універсальними принципами публічних закупівель як недискримінація учасників, максимальна економія, ефективність, прозорість і запобігання корупційним діям, важливу роль може відіграти принцип пропорційності, тісно пов'язаний із вказаними принципами, який є інструментом забезпечення їх дотримання та досягнення цілей публічних закупівель. У країнах — членах Європейського Союзу (ЄС) державна політика з публічних закупівель має відповідати принципу пропорційності, який визначається як один із основних принципів права ЄС. Сутність зазначеного принципу полягає у тому, що захід може вважатися пропорційним лише у тому випадку, коли він кореспондується з поставленою метою, є необхідним для її досягнення. Якщо мету можна досягти декількома способами, то потрібно обирати найменш обтяжливий, а витрати не повинні бути непропорційними по відношенню до поставленої мети [1, с. 105; 2, с. 296]. У сфері організації та здійснення публічних закупівель дотримання принципу пропорційності визнано обов'язковим, він функціонально виконує роль коригуючого стандарту під час оцінки будь-яких дій замовників у межах процедур закупівель. Крім того, принцип пропорційності може відіграти важливу роль у реалізації інших цілей державної політики через публічні закупівлі, які часто називають «горизонтальними», що може збільшити або, навпаки, обмежити стратегічне використання закупівель як засобу державного регулювання економіки.

Важливим є і те, що вітчизняний законодавець, усвідомлюючи пріоритетність заходів із подальшої інтеграції національної системи публічних закупівель у європейський економічний та правовий простір, визнав доцільність удосконалення чинного законодавства України у сфері публічних закупівель. І серед запланованих змін передбачається викласти Закон України «Про публічні закупівлі» у новій редакції, у ст. 5 — закріплення принципу пропорційності (законопроект реєстр. № 1076 від 29.08.2019, який подано на підпис Президенту України). Визнаючи доцільними такі законодавчі зміни, можна сподіватися, що закріплення принципу пропорційності не матиме декларативного характеру і не буде зведено лише до формального перенесення даного принципу із законодавства ЄС про закупівлі до законодавства України без реального змістовного наповнення.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Серед досліджень проблематики принципу пропорційності саме у господарському праві варто відзначити праці О.А. Беяневич [3, с. 3—10] та Я.В. Петруненка [4, с. 86—91]. На деякі аспекти реалізації та ролі принципу пропорційності у своїх роботах вказує О.А. Олефір [5, 6]. Водночас можна визнати, що дотепер не здійснено істотної наукової розробки проблематики визначення ролі принципу пропорційності у забезпеченні досягнення цілей публічних закупівель.

Мета статті — визначити сутність принципу пропорційності, його значення та особливості реалізації у публічних закупівлях.

Результати дослідження. За результатами дослідження особливостей реалізації принципу пропорційності у публічних закупівлях було виявлено декілька видів відносин, у яких цей принцип застосовується і виконує різні функції. Першим видом є безпосередньо відносини між замовником та учасниками публічної закупівлі. Більшою мірою принцип пропорційності стосується вимог замовника, які він висуває до учасника та умов проведення закупівлі. Даний принцип передбачає, що замовники не встановлюють більші вимоги, ніж ті, які потрібні, враховуючи природу та вартість договору про закупівлю. У ЄС принцип пропорційності чітко закріплено у Директивах ЄС у сфері закупівель. Особливо його роль була посилена саме у новій Директиві ЄС 2014/24 про

публічні закупівлі, де він згадується декілька разів у Преамбулі як один із основних принципів публічних закупівель поряд із принципами прозорості та недискримінації. Далі у Директиві даний принцип передбачено у конкретних статтях, наприклад ст. 42 щодо вимог до технічних специфікацій, які мають бути пропорційними до вартості та мети предмета закупівлі. Ч. 101 преамбули Директиви ЄС 2014/24 передбачає, що у разі застосування необов'язкових підстав для відхилення пропозицій треба звернути увагу на принцип пропорційності. Незначні недоліки тільки у виняткових випадках повинні призводити до виключення суб'єкта господарювання з процедури закупівлі. Проте неодноразові випадки незначних порушень викликатимуть сумніви у надійності суб'єкта господарювання, які можуть виправдати його виключення.

Цікавим у реалізації принципу пропорційності на рівні відносин замовник—учасник щодо встановлення вимог до закупівлі є досвід Королівства Нідерландів, де такий принцип чітко закріплено у Законі про публічні закупівлі, сутність якого полягає у тому, що під час підготовки договору про закупівлю замовники мають встановлювати тільки ті вимоги, умови та критерії, які є розумно пропорційними предмету договору. У цьому контексті мають братися до уваги підстави для відхилення тендерної пропозиції, строки, які встановлюються, кваліфікаційні вимоги, які висуваються до постачальника, критерії оцінки пропозиції, умови договору тощо. Крім того, такі вимоги деталізовано окремо у Керівництві із застосування принципу пропорційності [7], яке було розроблено під час двосторонніх консультацій із представниками учасників закупівель і замовників. За таких умов тлумачення принципу пропорційності тягне за собою перевірку не тільки законності, наприклад відповідності Закону про закупівлі, але і ефективності. Так, цей принцип відіграє важливу роль під час установа вимог до наявності досвіду в учасників у виконанні аналогічних договорів. Так, згідно з Керівництвом Королівства Нідерландів із застосування принципу пропорційності замовник не повинен вимагати підтвердження виконання аналогічних договорів вартістю понад 60 % від вартості відповідного договору про закупівлю. Достатньо вимагати від учасника лише по одному дого-

вору на підтвердження однієї компетенції. Такі вимоги повинні бути пропорційними виду та обсягу предмета договору. Керівництво передбачає, що вартість виконаних робіт, поставлених товарів та наданих послуг за аналогічним договором має становити 0—60 % вартості відповідного договору закупівлі. Показник 0 % означає, що такі договори не вимагаються взагалі. Передбачено шкалу від 0 до 60 %, відповідно до якої слід переглядати установлені вимоги на предмет їх реалістичності. В основу Керівництва із застосування принципу пропорційності покладено правило «виконуй або поясни». Іншими словами, якщо замовник вирішує не діяти відповідно до Керівництва, він має чітко зазначити причину свого рішення у тендерній документації. Невиконання не дозволено, крім випадку, коли на це є добре обґрунтована причина. Утім, замовник має постійно брати до уваги той факт, що невідповідність (навіть дозволена згідно з Законом про закупівлі) має відповідати принципу пропорційності ЄС, який не може у деяких випадках бути подоланий на основі правила «виконуй або поясни» [8, с. 269].

В Україні даний принцип найчастіше порушується під час установлення замовником диспропорційних до предмета закупівлі кваліфікаційних вимог до учасників, що закріплені ст. 16 Закону України «Про публічні закупівлі». Деякі автори, розглядаючи досвід здійснення публічних закупівель у ЄС, справедливо вказують на важливість під час оцінки матеріально-технічної та професійної відповідності учасників дотримання принципу пропорційності, згідно з яким незначні (несистематичні) недоліки лише у виняткових випадках можуть бути підставою для відхилення тендерної пропозиції [6, с. 9]. Наприклад, у рішенні Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України (далі Колегія АМК України) з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель було розглянуто вимогу тендерної документації про наявність позитивних відгуків щодо постачання аналогічного товару (м'ясо) в обсязі, не менше 50 % від очікуваної вартості закупівлі, що становило 5 млн грн [9]. Учасник-скаржник стверджував про дискримінаційний характер такої вимоги, оскільки він мав тривалий та успішний досвід поставок масла й інших продуктів харчування у менших

обсягах, які дають змогу гарантувати поставки предмета закупівлі. Згідно з рішенням Колегії АМК України, замовник не обґрунтував необхідність встановлення в документації такої вимоги, що є дискримінаційною по відношенню до інших суб'єктів господарювання, які здійснювали поставку товару в обсягах не менше 50 %, і було винесено рішення про внесення змін до документації. Тобто така вимога, враховуючи здатність та успішний досвід учасника у постачанні продуктів харчування, проте у трохи меншому обсязі, є непропорційною до мети її встановлення, а саме: забезпечити надійність постачань відповідно до договору про закупівлю. Також прикладом диспропорційних та обтяжливих вимог до учасника є вимога тендерної документації щодо наявності в учасника успішного досвіду роботи як генерального підрядника у виконанні щонайменше п'яти завершених проектів аналогічної складності порівняно з проектом, що є предметом закупівлі, протягом останніх п'яти років [10]. Або вимога про надання аналогічних договорів із періодом поставки товару не менше п'яти місяців із періодичністю не менше трьох разів на тиждень, із обсягом поставки не менше 700 тис. грн на місяць [11]. Також такі диспропорційні вимоги трапляються і під час установлення вимог до наявності працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід учасника. Наприклад, під час закупівлі газового палива замовник установив умову про наявність працівників у кількості не менше 30 осіб. Один із учасників, у штаті якого перебувають лише шість працівників, подав скаргу до АМК України, обґрунтовуючи це наявністю необхідних знань і досвіду, які є достатніми для належного виконання умов закупівлі. При цьому даний учасник уже є постачальником природного газу для понад 120 побутових споживачів, що також свідчить про його можливість здійснити поставку газу. Замовник таку вимогу не обґрунтував, у зв'язку з чим Колегія АМК України винесла рішення про внесення змін до тендерної документації з метою усунення порушень, а саме: усунення дискримінаційних вимог [12].

Важливо зазначити, що при цьому у рішеннях Колегії АМК України принцип пропорційності не згадується, хоча за змістом мова йде про саме диспропорційні вимоги до учасника. Однак даний принцип тісно пов'язаний

з іншими принципами закупівель, у першу чергу з принципом недискримінації. У випадку, коли вимоги замовника перевищують те, що є необхідним для конкретної закупівлі, порушуються принципи недискримінації, оскільки учасники, які беруть участь у закупівлі, обмежені у можливості взяти участь у процедурі через завищені вимоги. Принцип недискримінації вимагає, щоб до однакових ситуацій не було різного ставлення, крім випадків, коли різне ставлення об'єктивно виправдано. Таким чином, це передбачає і заборону однакового ставлення до різних ситуацій. Деякі автори зазначають, що для того, щоб належно застосувати принцип недискримінації до двох підприємств, їхні ситуації мають бути проаналізовані крізь призму принципу пропорційності. По-перше, пропорційність вимагає, щоб різне ставлення було лише за умов, коли обидва суб'єкта господарювання є достатньо різними. Таким чином, надання однакового ставлення для підприємств у різних ситуаціях можливе, лише коли надання їм різного ставлення буде диспропорційним, зокрема у випадках, коли відмінності, які існують між ними, є достатньо малими, щоб надавати їм різне ставлення. По-друге, пропорційність вимагає, щоб різниця у ставленні була адекватною до об'єктивних відмінностей у ситуаціях двох підприємств. Таким чином, пропорційність вимагає корегування рівня відмінностей у ставленні до об'єктивних відмінностей суб'єктів господарювання шляхом рівнішого ставлення до незначних відмінностей та різного ставлення до більших відмінностей. Різне ставлення має бути виправдано тестом пропорційності. Таким чином, принцип пропорційності модулює або регулює застосування принципу недискримінації [13, с. 230].

Важливим кроком у зростанні ролі принципу пропорційності є нове положення у новій редакції Закону України «Про публічні закупівлі», згідно з яким серед кваліфікаційних вимог відтепер замовник може встановлювати наявність фінансової спроможності. За цих обставин Закон визначає, що у разі встановлення такого кваліфікаційного критерію замовник не має права вимагати надання підтвердження обсягу річного доходу (виручки) у розмірі більшому, ніж очікувана вартість предмета закупівлі (пропорційно очікуваній вартості частини предмета закупівлі (лота) у разі

поділу предмета закупівель на частини), що є яскравим проявом реалізації принципу пропорційності під час встановлення замовником вимог до учасників.

Отже, важливо зазначити, що принцип пропорційності використовується у закупівлях для запобігання зловживанню дискреційними повноваженнями та встановлення меж свободи розсуду замовника, що надані їм Законом України «Про публічні закупівлі». Прикладом зловживань такими повноваженнями є внесення змін до договорів про закупівлю під час їх виконання, що значно збільшує суму закупівлі, паралельно зменшуючи обсяги закупівлі. Дуже важливо дотримуватись принципів закупівель і після укладення договору, оскільки їх порушення може зменшити ефективність конкурентної процедури. Неважливо, що всі правила були дотримані під час процедури, якщо вони можуть бути згодом порушені. Так, ч. 4 ст. 36 Закону України «Про публічні закупівлі» передбачено випадки внесення змін до істотних умов договору про закупівлю після його підписання, серед яких передбачено можливість зміни ціни за одиницю товару не більше ніж на 10 % у разі коливання ціни такого товару на ринку, за умови, що зазначена зміна не призведе до збільшення суми, визначеної у договорі. У 2018 р. дитячий санаторій «Затока» системи Міністерства охорони здоров'я України після проведення закупівель через систему *Prozorro* уклав угоду на поставку вугілля з громадянином-підприємцем. Згідно з умовами договору учасник мав поставити у санаторій вугілля відповідних марок. Вугілля однієї марки мало бути поставлено у кількості 280 т вартістю 3687 грн/т. Утім, уже через один день після укладення договору про закупівлю була підписана додаткова угода про зміну ціни. Водночас кількість товару зменшується, а ціна збільшується. Вже 255,5 т мало бути поставлено за ціною 4056,25 грн/т, і така ситуація повторилась ще п'ять разів. Три з додаткових угод оприлюднені в один день. Протягом місяця санаторій уклав шість додаткових угод і збільшив вартість вугілля відповідної марки на 77,17 %. Обсяги зменшились на 40 %. Але для застосування цієї норми має бути доведено коливання ціни на ринку. У даному випадку будь-яке юридичне підтвердження коливання ціни на ринку відсутнє. Як зазначають деякі експерти, такого росту ціни на вугілля

в квітні—травні 2018 р. помічено не було [14]. У цьому випадку не дотримується мета здійснення такої закупівлі, зокрема закупівля товару на найкращих умовах, що передбачає максимальну економію державних коштів та отримання товару у необхідній кількості для задоволення суспільних потреб.

Хоча описана вище ситуація може бути у майбутньому змінена завдяки новим обмеженням, закріпленим у ч. 5 ст. 41 нової редакції Закону України від 25.05.2015 № 922-VIII «Про публічні закупівлі» щодо частоти внесення змін до договору (не частіше одного разу на 90 днів з моменту підписання договору про закупівлю). З цього випливає, що принцип пропорційності має застосовуватись до внесення будь-яких змін до договору про закупівлю. Іншими словами, замовник має діяти пропорційно не тільки під час ухвалення рішення про закупівлю, але і після самої процедури, коли виконується договір про закупівлю. Є потреба у балансі, з однієї сторони, у продовженні виконання договору без внесення змін і наслідками як для замовника, так і учасника, включаючи ризики, пов'язані з розірванням договору, та, з іншої сторони, продовжувати виконання зміненого договору, і таким чином ураховувати наслідки для конкуренції.

Принцип пропорційності у публічних закупівлях досить часто передбачає, що замовник за наявності декількох варіантів поведінки має обрати найменш обтяжливий залежно від конкретних обставин. Цікавим прикладом виступає справа Суду ЄС [15], у якій він чітко зазначив, що у разі, якщо є вибір між декількома відповідними заходами, потрібно звертатися до найменш обтяжливих. У даній справі Суд установив, що замовник — Європейська комісія — мав вибір під час оцінки пропозицій: відхилити пропозицію чи затребувати роз'яснення від учасника. Відповідно до обставин справи 27.02.2002 Європейська комісія оголосила закупівлю. Згідно з тендерною документацією строк дії пропозиції учасників має бути не менше 90 днів із моменту кінцевого строку для подання пропозицій (29.04.2002). Цей строк спливав 28.07.2002. Учасник 25.04.2002 подав свою пропозицію на один лот. Відповідно до тендерної документації він зазначив, що дана пропозиція є дійсною до 28.07.2002, як того вимагала тендерна документація. 07.05.2002 Комісія внесла зміни до тендерної

документації з продовженням строку для подання пропозицій з метою надання учасникам можливості внести зміни до своїх пропозицій до 11.06.2002. Пропозиції були повернуті учасникам невідкритими. Оскільки у учасника-скаржника не було необхідності вносити зміни щодо своєї пропозиції, зокрема свого лоту, він 10.06.2002 знов подав ті ж самі документи. За результатами розкриття тендерних пропозицій тендерний комітет Комісії відхилив пропозицію учасника з підстави, що під час перевірки було встановлено, що строк дії пропозиції становив не 90 днів, як того вимагав замовник. Але Судом було встановлено, що учасник просто переподав свою пропозицію без внесення змін, зокрема щодо строку дії пропозиції. Ураховуючи, що дата 28.07.2002 відповідає строку 90 днів, Суд установив, що тендерний комітет мав зрозуміти, що учасник не мав на меті встановити інший строк дії пропозиції, ніж зазначений у тендерній документації, він просто пропустив та прогледів виправлення дати, коли переподавав свою пропозицію. Виходячи з принципу пропорційності, Суд установив, що у даному випадку тендерний комітет мав на вибір дві дії: відхилити пропозицію або запросити роз'яснення учасника відповідно до положень тендерної документації. Враховуючи, що у разі запиту роз'яснень учасник має надати відповідь протягом 24 годин, це призвело б до незначних затримок у процедурі, Суд установив, що рішення тендерного комітету саме відхилити пропозицію без запиту роз'яснень щодо дійсного строку дії пропозиції, є диспропорційним. Тобто було б менш обтяжливим та мало б менші негативні наслідки для закупівлі запросити роз'яснення учасника, який би міг виправити цю формальну помилку за 24 години.

Цікавим є випадок, коли замовнику вдалося довести, що не дотримавшись вимог Закону України «Про публічні закупівлі», він обрав найменш обтяжливий засіб для відвернення потенційних негативних наслідків під час проведення закупівлі. Так, за результатами моніторингу та перевірки закупівлі «Інструмент і прилади медичні, хірургічні та стоматологічні» державним фінансовим інспектором було складено протокол про адміністративне правопорушення членом комітету з конкурсних торгів. Серед порушень було зазначено, що тендерна документація не містить вимоги щодо

необхідності застосування учасником заходів із захисту довкілля, чим не дотримано п. 3 ч. 2 ст. 22 Закону України «Про публічні закупівлі», у якому зазначено, що технічні, якісні характеристики предмета закупівлі повинні передбачати необхідність застосування заходів із захисту довкілля. Суд вказав, що дійсно за формального підходу до оцінки законності тендерної документації можна дійти висновку про порушення членами комітету вказаної норми Закону. Однак, урахувавши той факт, що, ані Законом, ані будь-яким іншим чинним нормативно-правовим актом, ані роз'ясненням Уповноваженого органу у сфері публічних закупівель чітко не визначено, у який спосіб учасники мають підтвердити вищевказану інформацію, якого змісту має бути такий документ та на якій стадії мають бути застосовані заходи із захисту довкілля (виробництво, постачання чи утилізація), з метою дотримання основних принципів здійснення закупівель, останнім вказана вимога до учасників не висувалась. До того ж у членів Комітету відсутні спеціальні знання в галузі охорони навколишнього природного середовища, щоб самостійно розробити такі вимоги. За таких обставин утриматись від включення до тендерної документації вказаної вимоги було єдиним законним способом для забезпечення проведення закупівлі, такі дії членів комітету завдали меншої шкоди суспільним праворідносинам у сфері закупівель, ніж можливе включення до тендерної документації вимоги, процедура реалізації якої не регламентована нормами чинного законодавства, та обмеження таким чином кола учасників торгів [16].

Важливо зазначити, що у випадку публічних закупівель принцип пропорційності забезпечує баланс інтересів не лише замовника та учасника, а мова йде про публічний інтерес, інтерес платників податків, за гроші яких здійснюються закупівлі. Така роль принципу пропорційності часто проявляється на етапі ухвалення рішення про переможця закупівлі. На цьому етапі постає серйозна проблема заформалізованого підходу до процесу закупівель, який часто виходить із логіки приватно-правових інтересів учасників. Утім, у випадку закупівель мова йде про поєднання приватних інтересів учасників, які зацікавлені в отриманні прибутку, і публічного ефективного

використання державних коштів для задоволення суспільних інтересів. Досить часто формальний підхід до закупівлі вивляється не тільки у рішеннях замовників, але і Колегії АМК України, підхід якого полягає у непопорушності правила «тендерна документація дорівнює тендерній пропозиції», яка є такою, що відповідає вимогам Закону України «Про публічні закупівлі» та обмежує дискрецію замовників під час вибору переможців, але іноді виходить за рамки цілей, передбачених цим Законом. Наприклад, відсутність подання копії всіх сторінок паспорта уповноваженої особи на підпис документів, у т. ч. порожніх, а подання тільки копій деяких сторінок паспорта, вважалося невідповідністю пропозиції тендерної документації, яка мала бути відхилена [17]. Або визначення замовником серед підстав для визнання економічно найвигоднішої пропозиції учасника такою, що не відповідає умовам тендерної пропозиції, ненадання гарантійного листа у довільній формі про згоду поставки партії товару силами та засобами постачальника без залучення кур'єрської служби [18]. Через такий формалізований підхід часто не досягається мета публічної закупівлі — придбання товарів, робіт і послуг на найкращих умовах. Даний підхід замовників також можна пояснити відповідальністю, яку вони несуть, передовсім згідно із Кодексом України про адміністративні правопорушення. І рівень формалізму згідно із новою редакцією Закону України «Про публічні закупівлі» може бути посилено зі збільшенням розміру штрафів, а також додаткових складів адміністративних правопорушень у сфері закупівель, наприклад невідхилення тендерних пропозицій, які підлягали відхиленню; укладення з учасником, який став переможцем процедури, договору про закупівлю, умови якого не відповідають вимогам тендерної документації та тендерної пропозиції переможця закупівлі тощо. У цьому контексті слід погодитись із позицією М.С. Письменної, яка вважає, що завданням контролю публічних закупівель є оцінка дотримання саме критерію пропорційності під час здійснення закупівлі [19, с. 178], а не лише формальних вимог, які можуть мати негативні наслідки.

Яскравим прикладом вищевказаного підходу є публічна закупівля, у якій, згідно з умовами тендерної документації, для підтверд-

ження відповідності встановленим кваліфікаційним критеріям та вимогам у складі своєї пропозиції учасники повинні були надати довідку у довільній формі, яка містить інформацію про досвід виконання аналогічного(них) договору(ів). До довідки мали додаватись листи-відгуки, видані контрагентами учасників, з інформацією про належне виконання договору за зазначеними у довідці договорами. Для договорів, укладених із самим замовником, листи-відгуки не потрібні. У своїй пропозиції учасник надав довідку про досвід виконання п'ятох аналогічних договорів. Водночас учасник не надав лист-відгук за одним із договорів. Його пропозиція за лотами була відхилена як така, що не відповідає умовам тендерної документації. Колегія АМК України вважає, що така пропозиція не відповідає умовам тендерної документації та була правомірно відхилена замовником. На переконання Колегії АМК України, враховуючи вимоги тендерної документації, учасник мав надати листи-відгуки за наведеними у довідці договорами, у т. ч. за договором, за яким такий лист-відгук не надано. Учасник надав два аналогічні договори разом із листами-відгуками та ще два аналогічні договори, укладені із замовниками, які, згідно з умовами Документації, не передбачали надання листів-відгуків [20]. Із позицією АМК України не погодився Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду, який відзначив, що учасником було надано інформацію, копії договорів та листів-відгуків, що було достатнім для підтвердження наявності необхідного досвіду виконання аналогічних договорів. Крім того, тендерною документацією не встановлено вимог до кількості таких договорів. У даному випадку було надано п'ять договорів, чотири з яких повністю відповідали умовам тендерної документації [21]. Постає питання, чи рішення замовника відхилити пропозицію учасника, який підтвердив позитивний досвід виконання договорів, є таким, що відповідає принципу пропорційності? Адже метою встановлення такої вимоги було підтвердження наявності саме досвіду у виконанні аналогічних робіт. Яким чином відсутність одного листа-відгуку впливає на наявність такого досвіду та виконання інших трьох договорів? Проте пропозиція даного учасника-скаржника була найменшою. Так, за

лотом 1 він запропонував суму 210 000,00 грн, інший учасник — 299 999,00 грн, третій — 440 000,00 грн. Була акцептована пропозиція другого учасника, тобто 89 999,00 грн лише по першому лоту втрачає держава, а отже і платники податків унаслідок такого рішення замовника. До цього ж, на сайті *Prozorro*, згідно зі звітом виконання договору про закупівлю з переможцем, вказано про розірвання такого договору через невиконання постачальником зобов'язань щодо постачання товару.

Отже, у даному випадку важливу роль відіграє питання публічного інтересу, який наразі впливає із самого Закону України «Про публічні закупівлі», а саме: забезпечення найефективнішого витрачання державних коштів, а не лише захист приватноправового інтересу учасника. Деякі автори вважають, що принцип пропорційності можна також інтерпретувати у контексті аналізу витрат та переваг, він має називатися як принцип економічної ефективності у праві ЄС [22, с. 195], що має важливе значення для публічних закупівель в Україні. І законодавець у новій редакції Закону України «Про публічні закупівлі» зазначив принцип пропорційності поряд із такими принципами як максимальна економія та ефективність, не виділяючи його окремо у переліку принципів.

Принцип пропорційності у публічних закупівлях містить вимоги, адресовані також і законодавцеві, який має узгоджувати свої дії під час визначення нормативно-правових засад здійснення публічних закупівель із метою таких закупівель. Тобто треба говорити про його роль не лише під час самої закупівельної процедури, але і під час оцінки та тлумачення законодавства про публічні закупівлі. У ЄС мова йде про самі Директиви ЄС у сфері закупівель. Так, ч. 136 Преамбули Директиви ЄС 2014/24 про публічні закупівлі зазначає, що відповідно до принципу пропорційності ця Директива не виходить за рамки того, що необхідно для досягнення поставленої мети. Крім того, даний принцип може бути цінним показником збалансованого тлумачення Директив ЄС про публічні закупівлі та належною основою для оцінки відповідності національного законодавства правилам ЄС із публічних закупівель. Наприклад, у справі Суду ЄС *Michaniki* [23] проілюстровано важливість даного принципу у закупівлях, у якій Суд дійшов

висновку, що національне законодавство, яке вимагає обов'язкового відхилення пропозиції учасника, може застосовуватись лише коли метою такого законодавства було збереження принципу рівного ставлення та пропорційності. У іншій справі [24] Судом ЄС була визнана непропорційною така підстава для відхилення тендерної пропозиції згідно з законодавством про закупівлі Італії як заборона «постійному консорціуму», який передбачав спільну участь суб'єктів господарювання у державних закупівлях на період не менше п'яти років, брати участь у тій же самій процедурі закупівлі, в якій беруть участь його члени. Суд зазначив, що щодо принципів рівного ставлення та прозорості держави-члени повинні мати певну дискрецію для вжиття заходів, спрямованих на забезпечення відповідності цим принципам. Кожна держава краще може визначити, зважаючи на історичні, юридичні, економічні та соціальні міркування, конкретні ситуації, які можуть спричинити порушення цих принципів. Утім, виходячи із принципу пропорційності, який становить загальний принцип права ЄС, захід, який вживається, не повинен виходити за межі того, що є необхідним для досягнення мети. Однак таку підставу для відхилення Суд визнав непропорційною з декількох причин, зокрема, що автоматичне виключення таких суб'єктів із участі у тендері не дає можливості ні консорціуму, ні зацікавленим суб'єктам господарювання — його членам довести, що їхні тендерні пропозиції були складені повністю незалежно, і не мають ризику впливу на конкуренцію між учасниками, що суперечить інтересам ЄС щодо забезпечення якомога ширшої участі учасників у тендері і виходить за рамки того, що є необхідним для досягнення мети забезпечення застосування принципів рівного ставлення та прозорості.

Важливу роль принцип пропорційності виконує для визначення границь можливих обмежень конкуренції, обумовлених публічним інтересом. У ЄС принцип пропорційності є ключовим елементом аргументації доцільності обмеження свободи на ринку, частиною якого безумовно стають публічні закупівлі. Даний принцип вимагає, що захід, який обмежує торгівлю, повинен бути пропорційним його меті, і передбачає, що інтереси вільного руху товарів, робіт і послуг були збалансовані з

іншими інтересами. Принцип пропорційності використовується для того, щоб обмеження, пов'язані із охороною різних публічних інтересів, не викликали надмірного порушення торгівлі у межах ЄС. Тобто для існування певного обмеження у конкуренції має бути істотною мета. І дана мета має бути такою, що підходить для досягнення цієї цілі і має бути необхідною для її реалізації.

У вітчизняній судовій практиці поступово використовується принцип пропорційності для визначення рамок обмеження конкуренції під час здійснення публічних закупівель. У даному випадку цікавою є справа Харківського апеляційного господарського суду про визнання недійсними як результатів публічної закупівлі, так і договору про закупівлю товарів. Згідно з вимогами оголошеної Відділом освіти Виконавчого комітету Роменської міської ради Сумської області закупівлі продуктів харчування для дошкільних навчальних закладів та оздоровчого табору, до учасників висувались вимоги щодо надання експлуатаційного дозволу (якщо учасник не виробник, то договір представництва чи дистрибуційний договір з копією експлуатаційного дозволу виробника). Не зважаючи на аргументи прокурора, який був позивачем в інтересах держави, про дискримінаційність такої вимоги по відношенню до учасників закупівлі, які не є офіційними представниками виробника (дилерами, дистриб'юторами), а здійснюють закупівлю товару у інших учасників ринку (посередницьких структур), Суд вказав на легітимну мету для прояву дискримінації у цій справі. Так, він посилається на ст. 3 Закону України «Про дошкільну освіту», згідно з якою держава визнає пріоритетну роль дошкільної освіти та створює належні умови для її здобуття. Держава, зокрема, піклується про збереження та зміцнення здоров'я, психологічний і фізичний розвиток дітей. Таким чином, враховуючи викладене, Суд дійшов висновку, що оскільки закупівля продуктів здійснювалась саме для дошкільних навчальних закладів, то встановлення у тендерній документації такої умови як наявність в учасників, які не є виробниками, договору представництва чи дистрибуційного договору не є дискримінаційною, адже поставлена замовником мета (забезпечення якісного харчування дітей дошкільного віку та безперебійні поставки продукту, який відпо-

відно входить до раціону щоденного вжитку дітей) *пропорційна* (виділено курсивом мною — В. М.) використаним засобом [25]. Тобто дискримінаційні прояви обґрунтовані метою збереження та зміцнення здоров'я дітей. Хоча у цій справі Суд зупинився лише на першому етапі тесту пропорційності — визначення мети обмеження конкуренції.

У цьому контексті важлива роль принципу пропорційності також проявляється під час реалізації «горизонтальних» політик і цілей публічних закупівель, серед яких найпопулярнішими є захист навколишнього середовища, соціальний захист і розвиток інновацій, коли реалізація таких політик через закупівлі призводить до обмежень конкуренції. Досить часто такі політики розглядаються як такі, що можуть створювати бар'єри у міжнародній торгівлі та призводити до дискримінації [26, с. 377—394]. Так, А. Санчез-Граеллз вважає, що публічні закупівлі можуть зробити значний внесок в економічний розвиток, у т. ч. у соціально відповідальний і сталий розвиток, лише шляхом забезпечення максимального рівня конкуренції та відкритості до інновацій, замість того, щоб робити такі закупівлі обов'язковими і «направляти» такі інновації, соціальну орієнтацію та «озеленіння» закупівель [26, с. 378].

Як зазначає А. Санчез-Граеллз, до «горизонтальних» політик або цілей у закупівлях має застосовуватись тест на пропорційність у разі, коли такі політики можуть зумовлювати спотворення ринку. Тобто «горизонтальні» цілі у сфері публічних закупівель, як правило, призводять до спотворень конкуренції на ринку, крім випадків, коли такі політики реалізуються суворо відповідно до меж, установлених правилами ЄС із публічних закупівель. Таким чином, досягнення горизонтальних політик або використання публічних закупівель як засобу державного регулювання господарської діяльності буде вступати у конфлікт із правилами ЄС у сфері конкуренції та основних цілей, оскільки найчастіше вони матимуть негативний вплив на «основні» економічні цілі ЄС, конкурентного права ЄС та публічних закупівель. Тому у разі запровадження таких політик має відбуватись тест пропорційності, під час якого треба визначити альтернативні засоби досягнення неекономічних цілей із меншим впливом на основні економічні цілі.

У даному питанні важливо встановити спочатку, чи це «горизонтальні» цілі самого ЄС або країни-члена. Виходячи із Договору про функціонування Європейського Союзу (далі ДФЕС), такі «горизонтальні» цілі в основному обмежені соціальними цілями та цілями охорони навколишнього середовища. У випадку реалізації «горизонтальних» політик на національному рівні, які базуються на політиці ЄС, наприклад відповідно до стратегії «Європа 2020» для розумного, сталого та інклюзивного зростання, тест на пропорційність може вимагати, щоб екологічні, інноваційні та соціальні аспекти, включені до закупівельного процесу, були тісно пов'язані з предметом закупівлі та не залишали повну дискрецію для замовників під час укладення договору про закупівлю. І навпаки, там, де країни намагаються реалізувати власні національні горизонтальні політики, їхні закупівлі мають відповідати суворішим правилам. У цих випадках будуть існувати обмежені можливості для «горизонтальних» політик, які породжують обмеження конкуренції. Тобто визнаючи «головну» природу саме конкуренції в економічній політиці ЄС та орієнтації публічних закупівель як засобу для «збирання» її результатів, у наукових джерелах зазначається, що конкуренція повинна мати перевагу над національними не економічними цілями політики, які погіршують або ставлять під загрозу цілі, установлені на рівні ЄС (наприклад, які обмежують або спотворюють конкуренцію на внутрішньому ринку). Таким чином, якщо досягнення національних горизонтальних цілей призводить до спотворень конкуренції у публічних закупівлях, які не є пропорційними до альтернативних цілей або не є необхідними для їх досягнення і зрештою ставлять під загрозу загальну мету конкуренції на внутрішньому ринку, що відображено у ст. 18 (1) Директиви ЄС 2014/24, ці політики мають бути визнані такими, що не відповідають праву ЄС. Іншими словами, коли замовник із країни — члена ЄС здійснює закупівлі, які призводять до обмеження конкуренції, той факт, що їхні рішення ухвалені відповідно до національного законодавства, яке переслідує «горизонтальні» цілі, не має братися до уваги під час оцінки відповідно до права ЄС, тобто не мають автоматично бути виключеними. Таке національне законодавство, яке ставить під загрозу

або спотворює конкуренцію на внутрішньому ринку, має піддаватися суворому тесту пропорційності, і у разі його непроходження, повинно визнаватися таким, що не відповідає праву ЄС [26, с. 393—394]. Таким чином А. Санчез-Граеллз послідовно виступає проти активної реалізації «горизонтальних» цілей через публічні закупівлі та дотримується тієї точки зору, що такі політики у разі потенційного призведення до дискримінації можуть бути виправдані завдяки принципу пропорційності.

Цікава ситуація склалась щодо такої «горизонтальної» цілі як захист навколишнього середовища. Виходячи зі ст. 11 ДФЄС, згідно з якою вимоги з охорони довкілля повинні бути невід'ємною частиною визначення та реалізації політик і дій ЄС, деякі фахівці вважають, що Директиви ЄС у сфері публічних закупівель мають тлумачитись на користь захисту навколишнього середовища. За цих обставин принцип пропорційності у випадку конфлікту з іншими цілями закупівель може забезпечити правильний баланс між інтересами, що конкурують. Застосування принципу пропорційності у випадку конфлікту цілі з охорони навколишнього середовища та цілей закупівель передбачає не тільки те, що має застосовуватись найменш обмежувальний захід із охорони навколишнього середовища, але і те, що обмеження у захисті навколишнього середовища, які походять із правової основи закупівель, не йшли далі того, що є необхідним [27]. Тобто така ціль як охорона довкілля, навіть у разі потенційного конфлікту з ціллю забезпечення функціонування спільного ринку, має більше шансів бути виправданою на основі тесту пропорційності, враховуючи її особливий статус у ДФЄС.

Щодо цілі соціального захисту у публічних закупівлях, то даний принцип зіграв важливу роль у справах Суду ЄС *Ruffert* [28] та *Bundesdruckerei* [29]. Вимога про мінімальну заробітну плату, яка потенційно була обмеженням конкуренції, могла б бути виправдана метою захисту працівників, якщо б національні заходи були підходящими та необхідними для її досягнення. Оскільки вони не були підходящими та необхідними, Суд визнав захід диспропорційним. Так, справа *Bundesdruckerei* стосувалась закупівлі послуг із оцифрування документів і конвертації даних для містобудівної

служби місцевої ради Дортмунда у Німеччині. Учасник закупівлі бажав використати своє дочірнє підприємство, яке знаходилося у Польщі, для надання даних послуг як субпідрядника. Місто Дортмунд установило у тендерній документації умову щодо необхідності виплати працівникам учасників мінімальної заробітної плати відповідно до законодавства землі, до якої належав замовник, з вимогою підписати гарантію про таку виплату та надати її у складі своєї пропозиції, навіть за умови, що учасник планував би виконати договір про закупівлю з використанням працівників, що знаходяться у іншій країні — члені ЄС (а саме у Польщі). Суд ЄС встановив, що такий захід не відповідає ст. 56 ДФЄС щодо свободи надання послуг, але зазначив, що вона може бути виправдана метою захисту працівників і боротьбою проти соціального демпінгу. Суд зазначив, що у даному випадку це не мало відношення до справи. Шляхом установлення вимоги фіксованої мінімальної заробітної плати, яка є більшою за ту, що встановлена у Польщі, де мали надаватись послуги, які мають відношення до договору про закупівлю, замовник усуває субпідрядника, який заснований у Польщі, від отримання конкурентної переваги. Національне законодавство пішло далі того, що було необхідно для забезпечення реалізації мети захисту працівників. Таким чином, вимога щодо фіксованої мінімальної заробітної плати була не пропорційною. Дані вимоги щодо виплати мінімальної заробітної плати не можуть бути визнані такими, що мають на меті захист прав працівників, оскільки застосовуються лише до працівників по відношенню до договору про закупівлю, і відсутня інформація, яка дає підстави вважати, що працівники, які надають послуги відповідно саме до договорів про публічні закупівлі, потребують підвищеного рівня захисту.

У відомій справі *RegioPost* [30] Суд зупинився лише на другому етапі тесту пропорційності — виправдання метою публічного інтересу. Суд звернувся до справи *Bundesdruckerei* та зазначив, що незалежно від того, що національне законодавство може становити обмеження у розумінні ст. 56 ДФЄС, воно в принципі може бути виправдано метою захисту працівників. Але потім, замість того, щоб застосувати принцип пропорційності, Суд провів порівняння зі справою *Ruffert*, у якій

колективна угода, якою була встановлена вимога до заробітної плати, застосовувалась до договорів у сфері будівництва та не застосовувалась до приватних договорів, отже не мала універсальної дії. Однак вимоги щодо мінімальної заробітної плати у справі *RegioPost* були встановлені законом, і як обов'язкове правило щодо мінімального рівня захисту застосовувались до всіх договорів про закупівлю незалежно від сектору. І у даній справі Суд визнав право замовника встановлювати вимогу до учасників про дотримання відповідного розміру мінімальної заробітної плати.

Таким чином, принцип пропорційності відіграє важливу роль під час реалізації «горизонтальних» цілей у публічних закупівлях, у першу чергу, під час конфлікту таких цілей із традиційними цілями закупівель, які розрізняються залежно від особливостей національних систем закупівель. В Україні такою ціллю є закупівля товарів, робіт та послуг на найкращих умовах із дотриманням принципу максимальної економії державних коштів.

Для стратегічного використання публічних закупівель в Україні навіть за умови потенційного обмеження конкуренції, що обумовлено публічним інтересом, важливим є визнання публічних закупівель засобом для досягнення таких інтересів і чітке закріплення таких цілей і інтересів на законодавчому рівні. Наприклад, згідно з практикою Суду ЄС під час оцінки того, чи є певний захід підходящим установлений меті, Суд обґрунтував, що коли такий захід є «визнаним засобом» [31] для досягнення визначеної мети, перша частина тесту пропорційності буде задоволена. У ЄС публічні закупівлі визнано належним інструментом просування цілей сталого розвитку, тобто потенційним засобом для досягнення конкретної мети — сталого розвитку. Саме для можливості використання публічних закупівель як належного засобу для досягнення цілей охорони навколишнього середовища та соціального захисту вона має бути визнана у законодавстві. Потенційна можливість проходження тесту пропорційності буде залежати від цілей закупівлі. Наприклад, у ЄС принцип пропорційності означає, що заходи не повинні виходити за межі того, що потрібно для досягнення цілей ДФЕС — це розвиток ринку. Але у ДФЕС закріплено, наприклад, ще екологічні та соціальні норми, які визначають

напрями формування політик Європейського Союзу.

Висновки. Сутність принципу пропорційності у публічних закупівлях можна визначити через три категорії.

1. Категорія обмеження дискреції замовника під час всіх етапів публічної закупівлі. Це означає, що замовники не можуть вживати заходи, які виходять за межі, необхідні для досягнення поставленої мети. Тобто принцип передбачає: щоразу, коли замовник робить вибір, пов'язаний із закупівлею, він має обрати захід, який сприяє досягненню мети без обмеження конкуренції та без ускладнення доступу учасників для того, щоб взяти участь у закупівлі.

Під час самої закупівлі принцип пропорційності забезпечує, щоб вимоги до учасників були розумними, і тим самим виконує роль забезпечення балансу інтересів замовника та учасника, зокрема балансу між необхідністю забезпечення належного виконання договору про закупівлю та інтересами потенційних учасників. З одного боку, нерозумно сподіватися на те, що замовник буде надмірно знижувати вимоги, щоб економічні оператори, які не мають відповідного досвіду, могли подати тендерну пропозицію. З іншого боку, замовник зобов'язаний установлювати стандарти, які можуть бути дотримані середньостатистичним учасником і не обмежувати чесну конкуренцію. Надмірні вимоги замовника можуть означати, що замовник вимагає більше того, що є потрібним для належного виконання договору про закупівлю. Пропорційність у даному випадку виражає компроміс між очікуваннями замовника, з однієї сторони, та ситуацією, яка існує на ринку, з іншої сторони.

Закріплення принципу пропорційності може бути додатковою гарантією для захисту учасників тендеру від дискримінаційних вимог, які є завищеними або не є об'єктивно виправданими, що має важливе практичне значення. Доцільно у Законі України «Про публічні закупівлі», у статті про кваліфікаційні критерії, передбачити, що вимоги повинні відповідати та бути пропорційними виду, обсягам і призначенню товарів, робіт та послуг, які становлять предмет закупівлі.

2. Категорія узгодження дій законодавця у частині визначення нормативно-правових засад здійснення публічних закупівель із еко-

номіко-правовою метою таких закупівель. Це означає: забезпечення ефективного та прозорого здійснення закупівель, створення конкурентного середовища у сфері публічних закупівель, запобігання проявам корупції у цій сфері, розвиток добросовісної конкуренції.

3. Категорія визначення меж можливих обмежень конкуренції, які обумовлені публічним інтересом. Принцип пропорційності забезпечує дотримання балансу інтересів не лише замовника та учасника, але і інтересів платників податків, за гроші яких здійснюються закупівлі, які часто стають тією метою, заради якої може відбуватись обмеження кон-

курентції у закупівлях. Крім того, сутність принципу пропорційності можна визначити і через категорію обмеження реалізації «горизонтальних» цілей у публічних закупівлях, коли вони створюють загрозу спотворення конкуренції або вступають у конфлікт із «традиційними» цілями публічних закупівель. Для успішного проходження тесту пропорційності під час визначення меж реалізації «горизонтальної» політики публічні закупівлі мають бути визнані потенційним засобом державного регулювання економіки та досягнення відповідних цілей економічної політики держави.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ

1. Burca Gd. The principle of proportionality and its application in EC law. *Yearbook of European Law*. 1993. № 13. Р. 105—153.
2. Погребняк С.П. Принцип пропорційності в українській юридичній практиці та практиці ЄСПЛ. Правове забезпечення ефективного виконання рішень і застосування практики Європейського суду з прав людини: зб. наук. ст. Міжнар. наук.-практ. конф., 15 вересня 2012 р. За ред. С.В. Ківалова; НУ «ОЮА». Одеса: Фенікс, 2012. С. 294—310.
3. Беляневич О.А. Принцип пропорційності у господарському праві. *Економіка та право*. 2019. № 1 (52). С. 3—10. <https://doi.org/10.15407/econlaw.2019.01.003>
4. Петруненко Я.В. Поєднання прямих та непрямих господарсько-правових засобів забезпечення ефективного використання державних коштів: пошук оптимальних моделей. *Правова держава*. 2019. № 33. С. 86—91. <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2019.33.162059>
5. Олефір А.О. Проблеми захисту прав учасників публічних закупівель. *Теорія і практика правознавства*. 2018. Том 1, вип. 13. <https://doi.org/10.21564/2225-6555.2018.13.120978>
6. Олефір А.О. Проблеми публічних закупівель крізь призму європейського досвіду. *Теорія і практика правознавства*. 2017. Том 1, вип. 11. <https://doi.org/10.21564/2225-6555.2017.11.89582>
7. Proportionality Guide. 1st revision. Stichting Instituut voor Bouwrecht, 2016. 66 p.
8. Hebly J.M., Meesters J. The Proportionality Principle in the Dutch Public Procurement Act. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*. 2014. Vol. 9, iss. 4. P. 266—270.
9. Рішення Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель від 18.06.2018 № 5889-р/пк-пз.
10. Рішення Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель від 17.10.2018 № 10650-р/пк-пз.
11. Рішення Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель від 29.08.2019 № 12041-р/пк-пз.
12. Рішення Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель від 15.04.2019 № 4539-р/пк-пз.
13. Graells A.S. Public Procurement and the EU competition rules. 2nd edition. United Kingdom: Hart Publishing, 2015. 570 p.
14. Грига Ю. За місяць вугілля подорожчати на 80 % може тільки в дитячому санаторію. *Dozorro*. 2018. URL: <https://dozorro.org/blog/za-misyac-vugillya-podorozhchati-na-80-mozhe-tilki-v-dityachomu-sanatoriyi> (дата звернення: 14.07.2019).
15. Case T-211/02, Tideland Signal vs. Commission. E.C.R. II-3781. 2002. URL: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=80DA331A2BC82A494B626D796DA5CDB8?text=&docid=47726&pageIndex=0&doclang=EN&mocde=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5338202> (дата звернення: 11.07.2019).
16. Постанова у справі № 712/10639/16-п від 07.12.2016. Апеляційний суд Черкаської області. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63267924?fbclid=IwAR1A8ghcF0h6OrW6Zyb4rBLu_bu9n4_eRz-EBMhI-uRHbRg4x2nJVLiYGko (дата звернення: 12.08.2019).
17. Рішення Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель від 31.05.2019 № 6992-р/пк-пз.

18. «Спеціалізована хімічна продукція» (UA-2019-05-21-001267-а). URL: <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2019-05-21-001267-а> (дата звернення: 29.07.2019).
19. Письменна М.С. Контроль дотримання принципів державних закупівель. *Науковий вісник Міжнародного гуманітарного університету. Серія: Економіка і менеджмент*. 2016. Вип. 22. С. 176—179.
20. Електронне обладнання (UA-2018-04-29-000009-а). URL: <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2018-04-29-000009-а> (дата звернення: 29.07.2019).
21. Постанова у Справі № 826/10555/18 від 27.08.2019. Верховний Суд у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/83883511?fbclid=IwAR0NgfvAHhvY1ptEh-y4toKSS0TtdTILSuP3SHYP5ZuWуMg7ERUvagqCf1c> (дата звернення 02.08.2019).
22. Bogdanowicz P. The Application of the Principle of Proportionality to Modifications of Public Contracts. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*. 2016. Vol. 11, iss. 3. P. 194—204. <https://doi.org/10.21552/epppl/2016/3/8>
23. Case C-213/07, Michaniki vs. Ethniko Simvoulío Radiotileorasis, Ipourgos Epikratias. E.C.R. I-9999. 2008. URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-213/07> (дата звернення: 20.07.2019).
24. Case C-376/08, Serrantoni Srl, Consorzio vs. Comune di Milano. E.C.R.I-12169. 2009. URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=77182&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=13114843> (дата звернення: 13.08.2019).
25. Постанова у справі № 920/353/17 від 26.09.2017. Харківський апеляційний господарський суд. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69258468> (дата звернення: 17.03.2019).
26. Sanchez-Graells A. Truly Competitive Public Procurement as a Europe 2020 Lever: What Role for the Principle of Competition in Moderating Horizontal Policies? *European Public Law*. 2016. Vol. 22, iss. 2. P. 377—394.
27. Wiesbrock A. An obligation for sustainable procurement? Gauging the potential impact of article 11 TFEU on public contracting in the EU. *Legal Issues of Economic Integration*. 2013. Vol. 40, iss. 2. P.105—132.
28. Case C-346/06, Dirk Ruffert vs. Land Niedersachsen. E.C.R. I-1989. 2008. URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=71030&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1933890> (дата звернення: 15.06.2019).
29. Case C-549/13, Bundesdruckerei GmbH vs. Stadt Dortmund. 2014. URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-549/13> (дата звернення: 17.06.2019).
30. Case C-115/14, RegioPost GmbH & Co. KG vs. Stadt Landau in der Pfalz. 2015. URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-115/14> (дата звернення: 18.06.2019).
31. Case C-491/01, The Queen and Secretary of State for Health v British American Tobacco. ECR I-11453. 2002. URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=47582&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1938904> (дата звернення: 10.07.2019).

Надійшла 06.09.2019

REFERENCES

1. Burca Gd. The principle of proportionality and its application in EC law. *Yearbook of European Law*. 1993. No. 13. P. 105-153.
2. Pohrebniak S.P. Pryntsyp proporsiiinosti v ukrainskii yurydychnii praktytsi ta praktytsi YeSPL. Pravove zabezpechennia efektyvnoho vykonannia rishen i zastosuvannia praktyky Yevropeiskoho sudu z prav liudyny: zb. nauk. ct. Mizhnar. nauk.-prakt. konf., 15 veresnia 2012 r. Za red. S.V. Kivalova; NU "OIuA". Odesa: Feniks, 2012. P. 294-310 [in Ukrainian].
3. Belianevych O.A. Principle of proportionality in Economic Law. *Economics and Law*. 2019. No. 1 (52). P. 3-10. <https://doi.org/10.15407/econlaw.2019.01.003> [in Ukrainian].
4. Petrunenko Ya.V. Combination of direct and indirect economic and legal means of ensuring the effective use of public funds: search of optimal models. *Constitutional State*. 2019. No. 33. P. 86-91. <https://doi.org/10.18524/2411-2054.2019.33.162059> [in Ukrainian].
5. Olefir A.O. Problems of protection of the rights of participants in public procurement. *Theory and Practice of Jurisprudence*. 2018. Vol. 1, iss. 13. <https://doi.org/10.21564/2225-6555.2018.13.120978> [in Ukrainian].
6. Olefir A.O. Problems of public procurement in comparison with european experience. *Theory and Practice of Jurisprudence*. 2017. Vol. 1, iss. 11. <https://doi.org/10.21564/2225-6555.2017.11.89582> [in Ukrainian].
7. Proportionality Guide. 1st revision. Stichting Instituut voor Bouwrecht, 2016. 66 p.
8. Hebly J.M., Meesters J. The Proportionality Principle in the Dutch Public Procurement Act. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*. 2014. Vol. 9, iss. 4. P. 266-270.
9. Rishennia Postiino diiuchoi administratyvnoi kolehii Antymonopolnoho komitetu Ukrainy z rozghliadu skarh pro porushennia zakonodavstva u sferi publichnykh zakupivel. 18.06.2018 No. 5889-r/pk-pz [in Ukrainian].
10. Rishennia Postiino diiuchoi administratyvnoi kolehii Antymonopolnoho komitetu Ukrainy z rozghliadu skarh pro porushennia zakonodavstva u sferi publichnykh zakupivel. 17.10.2018 No. 10650-r/pk-pz [in Ukrainian].

11. Rishennia Postiino diiuchoi administratyvnoi kolehii Antymonopolnoho komitetu Ukrainy z rozghliadu skarh pro porushennia zakonodavstva u sferi publichnykh zakupivel. 29.08.2019 No. 12041-r/pk-pz [in Ukrainian].
12. Rishennia Postiino diiuchoi administratyvnoi kolehii Antymonopolnoho komitetu Ukrainy z rozghliadu skarh pro porushennia zakonodavstva u sferi publichnykh zakupivel. 15.04.2019 No. 4539-r/pk-pz [in Ukrainian].
13. Graells A.S. Public Procurement and the EU competition rules. 2nd edition. United Kingdom: Hart Publishing, 2015. 570 p.
14. Hryha Yu. Za misiats vuhillia podorozhchaty na 80% mozhe tilky v dytyachomu sanatorii. Dozorro. 2018. URL: <https://dozorro.org/blog/za-misyac-vugillya-podorozhchati-na-80-mozhe-tilki-v-dityachomu-sanatorii> [in Ukrainian].
15. Case T-211/02, Tideland Signal vs. Commission. E.C.R. II-3781. 2002. URL: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=80DA331A2BC82A494B626D796DA5CDB8?text=&docid=47726&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=5338202>
16. Postanova u spravi No. 712/10639/16-p. 07.12.2016. Apeliatsiyni sud Cherkaskoi oblasti. URL: http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/63267924?fbclid=IwAR1A8ghcF0h6OrW6Zyb4rBLu_bu9n4_eRz-EBMhI-uRHbRg4x2nJVLiYGko [in Ukrainian].
17. Rishennia Postiino diiuchoi administratyvnoi kolehii Antymonopolnoho komitetu Ukrainy z rozghliadu skarh pro porushennia zakonodavstva u sferi publichnykh zakupivel. 31.05.2019 No. 6992-r/pk-pz [in Ukrainian].
18. "Spetsializovana khimichna produktsiia" (UA-2019-05-21-001267-a). URL: <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2019-05-21-001267-a> [in Ukrainian].
19. Pysmenna M.S. Kontrol dotrymannia pryntsyviv derzhavnykh zakupivel. Naukovyi visnyk Mizhnarodnoho humanitarnoho universytetu. *Seriia: Ekonomika i menedzhment*. 2016. Iss. 22. P. 176-179 [in Ukrainian].
20. Elektronne obladnannia (UA-2018-04-29-000009-a). URL: <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2018-04-29-000009-a> [in Ukrainian].
21. Postanova u Spravi No. 826/10555/18. 27.08.2019. Verkhovnyi Sud u skladi kolehii suddiv Kasatsiinoho administratyvnoho sudu. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/83883511?fbclid=IwAR0NgfvAHHvY1ptEh-y4toKSS0TdtTILSuP3SHYP5ZuWyMg7ERUvagqCflc> [in Ukrainian].
22. Bogdanowicz P. The Application of the Principle of Proportionality to Modifications of Public Contracts. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*. 2016. Vol. 11, iss. 3. P. 194-204. <https://doi.org/10.21552/epppl/2016/3/8>
23. Case C-213/07, Michaniki vs. Ethiniko Simvoulia Radiotileorasis, Ipourgios Epikratias. E.C.R. I-9999. 2008. URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-213/07>
24. Case C-376/08, Serrantoni Srl, Consorzio vs. Comune di Milano. E.C.R. I-12169. 2009. URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=77182&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=13114843>
25. Postanova u spravi No. 920/353/17. 26.09.2017. Kharkivskiy apeliatsiyni hospodarskyi sud. URL: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/69258468> [in Ukrainian].
26. Sanchez-Graells A. Truly Competitive Public Procurement as a Europe 2020 Lever: What Role for the Principle of Competition in Moderating Horizontal Policies? *European Public Law*. 2016. Vol. 22, iss. 2. P. 377-394.
27. Wiesbrock A. An obligation for sustainable procurement? Gauging the potential impact of article 11 TFEU on public contracting in the EU. *Legal Issues of Economic Integration*. 2013. Vol. 40, iss. 2. P.105-132.
28. Case C-346/06, Dirk Ruffert vs. Land Niedersachsen. E.C.R. I-1989. 2008. URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=71030&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1933890>
29. Case C-549/13, Bundesdruckerei GmbH vs. Stadt Dortmund. 2014. URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-549/13>
30. Case C-115/14, RegioPost GmbH & Co. KG vs. Stadt Landau in der Pfalz. 2015. URL: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-115/14>
31. Case C-491/01, The Queen and Secretary of State for Health v British American Tobacco. ECR I-11453. 2002. URL: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=47582&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1938904>

Received 06.09.2019

В.К. Малолетнева

Институт экономико-правовых исследований НАН Украины, г. Киев, Украина

ОСОБЕННОСТИ РЕАЛИЗАЦИИ ПРИНЦИПА ПРОПОРЦИОНАЛЬНОСТИ В ПУБЛИЧНЫХ ЗАКУПКАХ

Исследована сущность принципа пропорциональности в публичных закупках, которая была определена через категорию ограничения дискреции заказчиков на всех этапах закупки, что может служить дополнительной гарантией защиты участников тендера от дискриминационных требований, завышенных или не оправданных объективно; категория согласования действий законодателя в части определения нормативно-правовых основ осуществления публичных закупок с экономико-правовой целью таких закупок; категория определения границ возможных ограничений конкуренции в ходе осуществления закупки, обусловленной публичным интересом. Акцентировано внимание на роли принципа пропорциональности в реализации «горизонтальных» целей в публичных закупках.

Ключевые слова: публичные закупки, принцип пропорциональности, государственное регулирование, конкуренция, «горизонтальные» цели.

V.K. Malolitneva

Institute of Economic and Legal Researches of the NAS of Ukraine, Kyiv, Ukraine

orcid.org/0000-0001-9678-1750

APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY IN PUBLIC PROCUREMENT

The article is dedicated to the essence of the principle of proportionality in public procurement, which was determined by the several categories, in particular 1) the category of limitation of the contracting authority's discretion at all stages of procurement, including the execution of the public contract. It means that every time the contacting authorities make a choice within the procurement procedure, they have to choose a measure that corresponds to the goal of the procurement avoiding the restriction of competition and excessive requirements for economic operators which create barriers in taking part in procurement and therefore infringe the principle of non-discrimination; 2) the category of coordination of actions of the legislator in terms of defining the legal framework for public procurement with the economic and legal purpose of such procurement; 3) the category of determining the limits of possible restrictions on competition which are stipulated by public interests. The principle of proportionality ensures the balance not only between the interest of contracting authorities and economic operators but also the public interests, namely the taxpayers, which often become the aim for which competition may be restricted in procurement. Given that principle of proportionality may act as an additional guarantee for the protection of economic operators against discriminatory requirements that are excessive or not objectively justified, the author suggests to define in the article on the qualification criteria in the Law of Ukraine "On Public Procurement" that such criteria should meet and be proportionate to the nature, volume and complexity of the goods, works and services that are the subject-matter of the procurement. The article gives special consideration to the role of the proportionality principle in the pursuit of horizontal objectives in public procurement. The author concludes that in order to provide an opportunity to successfully pass the proportionality test in determining the boundaries of horizontal policy implementation, public procurement should be recognized as a potential means of state regulation of the economy and the achievement of the relevant economic policy goals of the state. The article provides an in-depth analysis of the cases of the Antimonopoly Committee of Ukraine as an appeal body in public procurement on disproportionate qualification criteria in tender documents and procurement procedures. The author comes to the conclusion that often too formalized approach during the evaluation of tender offers according to the requirements in tender documentation could lead to situations when the main aim of the procurement, namely to deliver best value for money, is not achieved. In this context, the article provides arguments how the principle of proportionality could solve this problem. In addition, the author pays attention to the national courts as well as the Court of Justice of the European Union practice on proportionality issues in public procurement.

Keywords: public procurement, proportionality principle, state regulation, competition, horizontal objectives.