



Руслан Джабраїлов

доктор юридичних наук, доцент,
заступник директора з наукової роботи
Інституту економіко-правових досліджень НАН України
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4422-2102>
ruzaur13@gmail.com

DOI: 10.33498/opus-2019-08-047



Веста Малолітнева

кандидатка юридичних наук,
учена секретарка
Інституту економіко-правових досліджень НАН України
(Київ, Україна)
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0001-9678-1750>
vestamalolitneva@gmail.com

УДК 346.542

ПУБЛІЧНІ ЗАКУПІВЛІ ЯК ЗАСІБ ДЕРЖАВНОГО РЕГУЛЮВАННЯ ГОСПОДАРСЬКОЇ ДІЯЛЬНОСТІ ТА РЕАЛІЗАЦІЇ ЦІЛЕЙ СТАЛОГО РОЗВИТКУ

Анотація. Для виконання визначених законом функцій держава щорічно закуповує необхідні товари, роботи та послуги. Обсяги таких закупівель є значними, що дає державі широкі можливості впливати на економіку, особливо у тих галузях, де вона є домінуючим споживачем. Таким чином, публічні закупівлі можуть бути не лише у ролі закупівельного процесу, а й засобу державного регулювання господарської діяльності. Утім, в Україні нині відсутній науково обґрунтований підхід до визначення потенціалу публічних закупівель як комплексного засобу державного регулювання господарської діяльності, а отже, немає й оцінки потенційного впливу закупівель на економічний розвиток країни.

Метою статті є запровадження наукового підходу до публічних закупівель як до засобу державного регулювання господарської діяльності, який полягає у тому, що вони стають таким засобом за наявності відповідних підстав; дослідження особливостей публічних закупівель як засобу державного регулювання господарської діяльності, зокрема характеру його впливу на діяльність учасників, який у деяких випадках виходить за межі лише непрямого засобу державного регулювання, що має важливе теоретичне та практичне значення.

© Руслан Джабраїлов, Веста Малолітнева, 2019

Руслан Джабраїлов, Веста Малолітнева

Встановлено, що основною метою регулювання публічних закупівель є забезпечення економічної ефективності, тобто досягнення найкращого результату за наявних ресурсів, що передбачає співвідношення ціни та якості. При цьому наголошено, що держава є особливим покупцем, враховуючи необхідність захисту публічних інтересів, внаслідок чого до закупівель інтегруються додаткові “горизонтальні” цілі за різними напрямками державної політики. Доведено, що у разі інтеграції таких цілей до функціональної мети, публічні закупівлі виступають самостійним засобом державного регулювання господарської діяльності, який слід віднести до непрямого засобу. При цьому у статті проведено детальний аналіз випадків, коли публічні закупівлі за характером впливу на господарську діяльність учасників, особливо у сферах, де держава як споживач має вирішальний вплив, можуть наближатися до прямих засобів державного регулювання. Доведено теоретичну та практичну важливість розмежування публічних закупівель як непрямого засобу державного регулювання господарської діяльності, та засобу, який наближається до прямого, особливо під час здійснення міжнародних закупівель.

Ключові слова: публічні закупівлі; регулювання; засоби державного регулювання; господарська діяльність; прямі засоби; непрямі засоби; предмет договору про закупівлю.

Для виконання своїх функцій держава закуповує товари, роботи та послуги за допомогою системи публічних закупівель, обсяги яких є значними. В Україні вони становлять приблизно 13 % внутрішнього валового продукту (далі – ВВП) щорічно¹. Важлива роль держави як покупця на ринку дає широкі можливості впливати на економіку, особливо у тих галузях, де вона є домінуючим споживачем, а отже, вплив може бути вирішальним і визначати масштаби виробництва й структуру доходів учасників закупівель. У контексті відносин покупець – продавець держава може використовувати свої можливості різними способами, наприклад, контролювати доступ на ринок закупівель шляхом заборони участі певним суб’єктам господарювання, зокрема іноземним. Може встановлювати вимоги до виконання договору про закупівлю з умовою, щоб до робіт були залучені особи з обмеженими можливостями або особи, які були тривалий час безробітними. Такі вимоги відображають використання публічних закупівель як засобу регулювання, а не просто закупівельний процес. Нині в Україні відсутній науково обґрунтований підхід до визначення потенціалу публічних закупівель як комплексного засобу державного регулювання господарської діяльності, а отже, немає й оцінки потенційного впливу закупівель на економічний розвиток країни.

Окремі аспекти проблематики правового регулювання публічних закупівель досліджували такі науковці, як Я. Петруненко, А. Олефір,

¹ ‘Реформа державних закупівель’ (Міністерство економічного розвитку і торгівлі України) <<http://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=38c083f3-2571-466a-9583-3b43c2804ad9&title=ReformaDerzhavnikhZakupivel>> (дата звернення: 25.02.2019).

О. Юдіцький, В. Горин, О. Сидоренко, О. Критенко, О. Мельников та ін.

Метою дослідження є запровадження наукового підходу до публічних закупівель як до засобу державного регулювання господарської діяльності, який полягає у тому, що вони стають таким засобом за наявності відповідних підстав; вивчення особливостей публічних закупівель як засобу державного регулювання господарської діяльності, зокрема характеру його впливу на діяльність учасників, який у деяких випадках виходить за межі лише непрямого засобу державного регулювання, що має важливе теоретичне та практичне значення.

З метою придбання товарів, робіт та послуг, необхідних для виконання визначених законом функцій, держава в особі замовників вступає у відносини з публічних закупівель, у межах яких виникають майново-господарські зобов'язання на підставі договорів про закупівлю, відповідно до яких учасник зобов'язаний поставити товар, виконати роботу чи надати послугу на користь замовника згідно з умовами договору, а замовник – провести оплату таких дій². У літературі такий підхід до закупівель називають “економічним”, коли вважається, що державний замовник має відповідати тесту ‘діє як приватний споживач, який шукає найкраще співвідношення ціна-якість’³.

При цьому слід брати до уваги особливість публічних закупівель – як правило, вони здійснюються державним коштом. Держава не є покупцем на ринку, як інші індивідуальні покупці, які мотивовані суто своїм особистим інтересом. У контексті публічних закупівель дуже важливо враховувати, що держава представлена значною кількістю різних органів влади, які перебувають в ієрархічному підпорядкуванні один щодо одного. У цьому випадку такі органи є, якщо говорити економічними категоріями, “агентами” держави, яка може бути охарактеризована як “принципал”⁴. Такі відносини агента та принципала можуть мати потенційні загрози саме у публічних закупівлях, адже їхні інтереси можуть не збігатися. Незважаючи на інтереси держави, агент може діяти, беручи до уваги лише власні мотиви, що, в підсумку, може призвести до виникнення корупційних практик і зайвих витрат. Отже, у випадку закупівель необхідні детальні процедурні правила, які забезпечували б спільність інтересів держави-принципала та її агентів.

У замовників, як правило, немає особистої зацікавленості в економічному використанні коштів. Це часто призводить до закупівель за зави-

² А Олефір, *Господарсько-правове забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я: теоретичні та практичні аспекти* (Юрайт 2012) 75.

³ P Trepte, *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation* (Oxford University Press 2004) 9.

⁴ Ibid 129.

щеними цінами або товарів низької якості, що веде до неефективного використання державних коштів. Таким чином, обґрунтовується необхідність додаткових правових механізмів, які сприяли б скороченню витрат у державному й комунальному секторах економіки⁵ та створенню умов, за яких державний замовник буде думати у контексті “ідеального” покупця, що обумовлює ціль регулювання публічних закупівель.

Тобто регулювання публічних закупівель полягає у виправленні інституційних провалів на ринку, які були описані вище. Крім того, підґрунтям для державного регулювання публічних закупівель вважаються так звані “провали ринку”, коли ринок не здатний виконувати одну або більше зі своїх функцій⁶, або ситуації, в яких суб’єкти господарювання не можуть або не мають стимулів виробляти блага в соціально оптимальних обсягах або з належною якістю⁷. Зокрема, В. Поєдинок у своїй праці “Провали ринку як об’єктивні підстави державного регулювання інвестиційної діяльності” у контексті регулювання інвестиційної діяльності ґрунтовно проаналізувала та наголосила на важливості концепції “провали ринку”, яка описує об’єктивні підстави державного регулювання господарської діяльності⁸. Досконала конкуренція передбачає, що учасники ринку лише приймають ціни, які запропоновані ринком, а не створюють їх. Коли хтось з учасників починає впливати на ціни, виникає загроза дисфункцій ринку. Зокрема, такі провали можуть бути наслідком природи товарів та послуг, які надає держава населенню. Значна кількість таких товарів або послуг не постачаються ринком, а якщо постачаються, то у невеликій кількості. Таким чином, такі товари виробляються безпосередньо державою. Утім, коли такі товари надаються населенню державою через закупівлі, вона може опинитися у не вигідній ситуації через незначну кількість виробників або постачальників на ринку. Як наслідок, держава вже не просто приймає ціни, які склалися на ринку, а повинна прийняти ціну від постачальників, які формують її, користуючись своєю ринковою владою. Відкриті торги для досягнення конкуренції навряд чи будуть ефективними, враховуючи обмежену кількість постачальників, утім, є можливість використання спеціальних процедур закупівель, наприклад, переговорних, які встановлюватимуть обмеження для зловживання такими виробниками своєю ринковою владою⁹.

⁵ О Мельников, ‘Особенности публичных закупок как объекта государственного регулирования экономики’ [2016] 1(52) Theory and Practice of Public Administration 133.

⁶ Р Мудрак, ‘Провали” ринку та права як фактори ризику продовольчого забезпечення домогосподарств’ (2015) 1 Інноваційна економіка 150.

⁷ М Бублій, ‘Теоретичні та методологічні основи організації державних закупівель’ [2011] 1(32) Теорія та практика державного управління 2.

⁸ В Поєдинок, ‘Провали ринку як об’єктивні підстави державного регулювання інвестиційної діяльності’ (2012) 90 Вісник Київського національного університету імені Тараса Шевченка 35-8.

⁹ Trepte (n 3) 113.

Тобто економічний підхід до публічних закупівель передбачає втручання у ринок лише з метою виправлення провалів, коли ринки не в змозі розподіляти ресурси ефективно. При цьому виправлення провалів ринку – це обмежена концепція, яка стосується тільки однієї мети державного регулювання – подолання диспропорцій та дисфункцій, що виникають у процесі самостійного функціонування ринкового економічного механізму. Втім, публічні закупівлі можуть розглядатися і як засіб для реалізації додаткових цілей, які, як правило, не охоплюються суто економічним підходом. Економічні цілі описують лише спрямованість державної політики на забезпечення ринкової ефективності шляхом виправлення ринкових провалів. Однак держава як покупець відрізняється від інших покупців на ринку – вона є покупцем та одночасно відповідальною за добробут людей. Результатом такої відповідальності є те, що у контексті публічних закупівель досягнення лише економічної ефективності навряд чи буде її єдиною метою, адже існує низка цільових орієнтирів, які перебувають поза межами концепції ефективності, наприклад, забезпечення сталого розвитку.

Пріоритетність тих чи інших цільових орієнтирів визначається логікою обраної моделі державної економічної політики¹⁰. У цьому контексті з'являється друга мета регулювання публічних закупівель, яка притаманна майже всім країнам, і полягає у реалізації “горизонтальних”, порівняно з першою метою закупівель, цілей відповідно до різних напрямів державної політики, зокрема екологічної та соціальної, які часто не пов'язані з функціональною метою, але які замовник обирає для посилення ролі своєї закупівлі. Якщо ціль закупівлі відповідає обов'язку замовника задовольнити потреби, наприклад, соціального характеру, які мотивовані суто економічними міркуваннями, зокрема придбання візків для людей з обмеженими можливостями, закупівлі не є засобом державного регулювання господарської діяльності.

Такий економічний підхід до закупівель, коли вони не становлять засіб державного регулювання господарської діяльності, можна охарактеризувати на прикладі позиції Європейського Союзу (далі – ЄС) у справі органу з вирішення спорів Світової організації торгівлі (далі – СОТ), коли ЄС розглядає публічні закупівлі у межах СОТ лише як закупівлі товарів, робіт і послуг, які необхідні для підтримки роботи та функцій держави. Таким чином, товари, які закупаються, мають бути використані або спожиті державними замовниками під час виконання адміністративних завдань або їх функцій, і ціль закупівлі має розумітися у контексті ситуації, в якій державні замовники не зможуть виконувати свої функції

¹⁰ Посидинок (н 8) 37.

без використання товару, який був придбаний¹¹. При цьому, з моменту введення “горизонтальних” цілей у публічні закупівлі товарів, робіт і послуг, без реалізації яких державні замовники, як правило, зможуть виконувати свої функції, закупівлі перетворюються вже на окремий самостійний засіб державного регулювання господарської діяльності поряд із державним замовленням і передбачають стратегічне їх використання. Такі цілі, як правило, не мають прямої економічної вигоди для замовника, а передбачають більш широку сферу впливу, наприклад, надання переваги під час оцінки тендерних пропозицій саме автомобілям, які на етапі користування мають менший рівень шкідливих викидів в атмосферне повітря, що спрямовано на охорону здоров’я населення держави та захист навколишнього середовища.

Дієвість публічних закупівель як засобу державного регулювання господарської діяльності виявляється у тому, що завдяки цьому засобу забезпечується цілеспрямоване сприяння держави у реалізації цілей державної політики та розвитку важливих галузей економіки, особливо там, де держава як покупець має вирішальний вплив, тим самим опосередковано забезпечуючи ефективність національної економіки. В Україні станом на 2016 р. діяльність майже 3,5 тис. суб’єктів господарювання залежала від публічних закупівель, адже їхній дохід на 80 % і більше формувався завдяки участі в публічних закупівлях. Ці суб’єкти господарювання зайняті у понад 300 різних видах діяльності. Найбільш залежними від публічних закупівель є суб’єкти господарювання, що здійснюють свою діяльність у сфері будівництва, і у топ-10 категорій товарів, робіт та послуг у тендерах, які виграють залежні від закупівель суб’єкти господарювання, входять ремонт доріг, будівельні роботи, поточний ремонт, будівництво трубопроводів, ліній зв’язку та ін.¹². Деякі суб’єкти господарювання у більшій частині або повністю орієнтовані на публічні закупівлі, враховуючи їхню спеціалізацію, тобто виробляють товари або надають послуги, в яких може бути зацікавлена переважно держава. Зважаючи на це та значні обсяги закупівель, вони можуть сприяти трансформаційним змінам на ринку. Якщо попит держави є значним, то учасники матимуть стимули розробляти нову продукцію та процеси з метою задоволення її потреб¹³.

¹¹ Canada – certain measures affecting the renewable energy generation sector, Canada – measures relating to the Feed-in tariff program. Report of the Appellate Body. WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R. 2013 <https://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds412_e.htm> (accessed: 20.05.2019).

¹² На державній голці: який бізнес залежить від держзакупівель? (YouControl, 20.06.2018) <<https://youcontrol.com.ua/news/na-derzhavniy-holtsiyakyy-biznes-zalezhyt-vid-derzhzakupivel>> (дата звернення: 19.01.2019).

¹³ D Marron, ‘Greener Public Purchasing as an Environmental Policy Instrument’ [2003] 3(4) OECD Journal on budgeting 89.

Згідно з усталеним у науці господарського права підходом до поділу господарсько-правових засобів державного регулювання економіки, виділяють прямі та непрямі правові засоби. Особливість прямих засобів державного впливу на сферу господарювання полягає у тому, що їм властиво безпосередніми владними регуляторами примушувати суб'єкта господарювання діяти певним чином у господарському середовищі. Непрямі засоби – це ті регулятори економічного середовища, які стимулюють ефективне господарювання і додають економічної вигоди поведінці, яка є бажаною для суспільства й держави¹⁴. Як зазначає Я. Петруненко, непрямі засоби державного регулювання передбачають: суб'єкти господарювання добровільно беруть участь у стимулюючих заходах; державний вплив спрямований на підвищення економічної та соціальної ефективності саме діяльності суб'єктів господарювання у пріоритетних сферах, через яку опосередковано досягається оптимізоване витрачання державних коштів і зростання економічних показників у державі¹⁵. Слід погодитися з позицією А. Олефіра, який, розглядаючи публічні закупівлі у сфері охорони здоров'я, відносить їх до непрямого (економічного) методу державного регулювання господарських відносин. Цей метод взагалі не містить таку форму реалізації, як прямий наказ компетентного органу, що підлягає обов'язковому та однозначному виконанню господарськими організаціями¹⁶. Так, деякі автори зазначають, що прямі засоби регулювання передбачають, що суб'єкт господарювання не може здійснювати свою діяльність на ринку без задоволення заздалегідь визначених вимог. Вимога або перевага замовника закуповувати електроенергію тільки з відновлювальних джерел або службову форму тільки у певних суб'єктів господарювання, наприклад, які відповідають певним соціальним стандартам, не забороняє суб'єкту господарювання здійснювати свою діяльність на ринку. Навіть якщо вимога щось закуповувати є обов'язковою, вона все одно не становила б засіб регулювання в аспекті встановлення правил, які є обов'язковими для всіх суб'єктів господарювання. Якщо підприємство не бажає виробляти електроенергію з відновлювальних джерел енергії, то воно може і надалі пропонувати електроенергію на ринку, наприклад, із традиційних джерел енергії¹⁷.

Отже, з моменту реалізації як функціональної мети публічних закупівель, так і “горизонтальних” цілей державної політики, такі закупівлі

¹⁴ Р Шабанов та М Ждан, ‘Щодо поняття господарсько-правових засобів державного регулювання економіки за законодавством України’ (2016) 11 Підприємництво, господарство і право 87.

¹⁵ Я Петруненко, ‘Господарсько-правова природа засобів забезпечення ефективного використання державних коштів’ (2017) 3 Підприємництво, господарство і право 88.

¹⁶ Олефір (н 2) 201.

¹⁷ A Semple, ‘The link to the subject matter. A glass ceiling for sustainable public contracts?’ in B Sjaafjell and A Wiesbrock (eds), *Sustainable Public Procurement Under EU Law. New Perspectives on the State as Stakeholder* (Cambridge University Press 2016) 72.

стають непрямим засобом державного регулювання господарської діяльності.

Утім, на практиці публічні закупівлі у деяких випадках наближаються до прямих засобів державного регулювання господарської діяльності, враховуючи характер впливу на суб'єктів господарювання. Хоча державні замовники не є суб'єктами організаційно-господарських повноважень в управлінні господарською діяльністю у межах процедур публічних закупівель, слід визнати, що реалізація “горизонтальних” цілей може справляти значний вплив на господарську діяльність суб'єктів господарювання, що відрізняється від непрямих засобів, особливо у галузях, де держава є домінуючим споживачем. Кваліфікуючою особливістю при цьому є вимоги, які виходять за межі предмета договору про закупівлю. Нижче наводяться найбільш поширені у практиці види таких вимог.

По-перше, це вимоги, що спрямовані на зміну поведінки учасників – суб'єктів господарювання, які не обмежені лише тим, що є необхідним для виконання конкретного договору про закупівлю. Серед яскравих прикладів можна вказати вимоги, які стосуються суб'єктів господарювання, що мали зв'язки з “небажаними” країнами. Наприклад, у штаті Массачусетс існувала заборона для замовників здійснювати закупівлю в учасників, які співпрацювали з суб'єктами господарювання із Бірми (нині – Республіка Союзу М'янма)¹⁸, що було обумовлено протестом проти режиму, який був встановлений у країні, зокрема військової диктатури, та порушення прав людей. У штаті прийнято рішення, щоб гроші платників податків не йшли на непрямі підтримку цього режиму¹⁹. Або яскравим прикладом є розробка та прийняття у Німеччині у 1998 р. декларації, яку мали підписувати учасники, що брали участь у закупівлях консультативних та освітніх послуг. Цим самим вони гарантували, що не надають свої послуги, використовуючи технології саєнтології і не дозволяють своїм співробітникам брати участь у курсах та семінарах з саєнтології, що було обумовлено позицією органів влади щодо саєнтологічної організації як такої, що здійснює свою діяльність на основі принципів, які не відповідають фундаментальним цінностям демократичного суспільства, таким як право на життя та свобода висловлювань. Ця позиція ґрунтувалася на публікаціях, внутрішніх інструкціях і практиках прийому нових членів організації²⁰. Ті учасники, які відмовлялися підписувати декларацію, вважалися ненадійними, і замовник мав відмовляти їм в участі у закупів-

¹⁸ C Pitschas and H Priess, ‘The use of secondary policy criteria in public procurement procedures: the Burma case and the German Scientology declaration’ (2000) 5 Public Procurement Review 111-5.

¹⁹ Massachusetts Burma Procurement Law Challenged at WTO (*Public Citizen*) <<https://www.citizen.org/article/massachusetts-burma-procurement-law-challenged-at-wto>> (accessed: 27.05.2019).

²⁰ C Pitschas and H Priess, ‘Secondary policy criteria and their compatibility with E.C. and WTO procurement law. The case of the German Scientology Declaration’ (2000) 4 Public Procurement Law Review 172.

лях. У Північній Ірландії, враховуючи історичні передумови релігійного та політичного поділу між католиками та протестантами, встановлені спеціальні вимоги, які забороняють дискримінаційні прояви на основі релігії. У 1989 р. було прийнято нормативно-правовий акт щодо справедливих умов праці, яким передбачався обов'язок роботодавця вживати заходів для забезпечення справедливої пропорції католиків та протестантів на робочому місці²¹. Пізніше у 1998 р. було прийнято новий нормативно-правовий акт, що є чинним і сьогодні, і яким збережено вимоги щодо забезпечення справедливих умов для працевлаштування як католиків, так і протестантів шляхом вжиття певних заходів, наприклад, розробки та прийняття практик суб'єктами господарювання, які заохочували б таку участь. Роботодавці, які не в змозі забезпечити реалізацію таких практик, можуть бути не допущені до участі у публічних закупівлях.

По-друге, це вимоги, які спрямовані насамперед не на зміну поведінки учасника закупівель, а на підтримку окремих груп суб'єктів господарювання, наприклад, малих та середніх підприємств, або підприємств, які, зокрема, засновані людьми з обмеженими можливостями, або які виробляють певний вид товарів (зокрема, "зелені" товари). Нині на федеральному рівні у США діють спеціальні програми з підтримки під час здійснення публічних закупівель у суб'єктів малого бізнесу, засновниками яких, наприклад, є ветерани – інваліди збройних сил США. Такі преференції, зокрема право виконувати договори про закупівлю лише малими суб'єктами господарювання, надаються залежно від вартості товарів або послуг, які плануються закуповувати²². Зі свого боку у Директивах ЄС про закупівлі передбачено правило, згідно з яким замовник може прийняти рішення щодо резервації права брати участь у процедурах публічних закупівель для спеціальних суб'єктів господарювання, які наймають людей з обмеженими можливостями, та суб'єктів господарювання, головною метою яких є соціальна і професійна інтеграція інвалідів та малозабезпечених осіб, або вони можуть забезпечувати виконання договорів про закупівлю у контексті захищених програм зайнятості, за умови, що принаймні 30 % працівників цих суб'єктів господарювання або програм становлять люди з обмеженими можливостями або представники малозабезпечених верств населення. До цієї категорії вимог можна віднести також всі вимоги, які передбачають обов'язок купувати лише у національних виробників або надання додаткових преференцій

²¹ C O'Conneide, 'The GB Disability rights commissions and strategic law enforcement: transcending the common law mind' in Lawson A and Gooding C (eds), *Disability Rights in Europe. From theory to Practice* (Hart Publishing 2005) 243.

²² 'Set-aside contracts for small businesses' (*U.S. Small Business Administration*) <<https://www.sba.gov/federal-contracting/contracting-guide/types-contracts#section-header-0>> (accessed: 20.05.2019).

їхнім пропозиціям порівняно з іноземними. Такі положення нині діють у низці країн, зокрема, у США²³, Китаї²⁴ та інших країнах світу. В Україні також була практика захисту вітчизняних виробників під час здійснення закупівель. У постанові Кабінету Міністрів України “Про затвердження Положення про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти”²⁵, яке втратило чинність, було передбачено зобов’язання першочергової закупівлі товарів, робіт і послуг у вітчизняних виробників або їхніх представників.

По-третє, це вимоги щодо застосування так званих офсетних договорів у сфері публічних закупівель, які є розповсюдженими у міжнародній практиці. Їхня сутність полягає у тому, що компанія, яка отримала, наприклад, договір про закупівлю на значну суму, зобов’язана частину отриманих коштів інвестувати в економіку країни, що має на меті компенсувати негативний ефект відпливу значних коштів державного чи місцевого бюджету за кордон. Тобто замовник може висувати зустрічні вимоги іноземному постачальнику-переможцю. Зустрічна вимога може полягати у встановленні умови, за якою іноземний постачальник повинен надати певну інформацію про технології, здійснювати підготовку спеціалістів, які будуть обслуговувати техніку, що закуповується. Зокрема, у 2003 р. американське підприємство *Lockheed Marteen*, яке здійснило продаж 48 літаків на суму понад 6 млрд доларів Республіці Польща, погодилося виконати цілий перелік зустрічних вимог. Компанія повинна була протягом 10 років надавати допомогу: створювати робочі місця, передавати технології тощо. Це надало перевагу американському підприємству перед конкурентами з Франції та консорціуму, до якого входили британська та шведська компанії²⁶.

Загалом у ЄС розмежування вимог, що пов’язані з предметом договору про закупівлі і не пов’язані з ним, відіграють вирішальну роль в особливостях правового регулювання відносин у сфері публічних закупівель, адже такі вимоги мають різний вплив на торгівлю. Європейська комісія визначає вимогу щодо пов’язаності з предметом договору закупівлі як фундаментальну умову, яка має братися до уваги, коли до закупівельного процесу включаються будь-які питання, які пов’язані з іншими на-

²³ ‘Buy American Act’ (*Government Contracts*) <<http://www.wingovernmentcontracts.com/buy-american-act.htm>> (accessed: 20.05.2019).

²⁴ The Government Procurement Law of the People’s Republic of China: Act of 29 June 2002 <http://www.npc.gov.cn/englishnpc/Law/2007-12/06/content_1382108.htm> (accessed: 18.05.2019).

²⁵ Про затвердження Положення про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти: постанова Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2008 р. № 921 <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/921-2008-%D0%BF>> (дата звернення: 18.05.2019).

²⁶ K Taylor, ‘The proper use of offsets in international procurement’ [2003] 3(3) *Journal of public procurement* 341.

прямами державної політики²⁷. При цьому у ЄС превалює такий підхід, згідно з яким поділ вимог щодо пов'язаності з предметом договору про закупівлю дає підстави для розмежування замовника як закупівельника і регулятора²⁸.

Коли “горизонтальні” цілі та вимоги не виходять за межі предмета договору про закупівлю, вважається, що ці закупівлі охоплюються таким поняттям, як “закупівельні рішення”. Тобто у випадку “закупівельних рішень” не робиться фундаментальне розмежування між приватними та державними покупцями у тому сенсі, що вони повинні мати право вирішувати, чи закуповувати взагалі і що закуповувати. Такі закупівельні рішення можуть включати і закупівлі, які мають більший вплив на імпортовані товари. Ці рішення не становлять обмеження для ринку, а визначають сам ринок²⁹. Наприклад, державний замовник може вирішити, чи закуповувати тільки машини з низьким рівнем викидів CO₂, і регулювання у сфері публічних закупівель не мають встановлювати для цього обмеження.

Деякі автори зазначають, що Директиви ЄС у сфері закупівель у більшій частині дозволяють всі заходи, які пов'язані з предметом закупівлі (тобто всі заходи, де держава діє виключно як замовник-закупівельник), і не дозволяють використання вимог, які виходять за межі предмета договору про закупівлю³⁰. Європейська комісія зазначає, що заходи, пов'язані з впливом товарів під час їхнього споживання замовником, дозволені, оскільки пов'язані з тим, що держава закуповує. Але інші заходи – не є такими, що дозволені, включаючи заходи, пов'язані з загальною діяльністю учасника. І слід погодитися з тими дослідниками, які стверджують, що це є частково декларативним, оскільки суб'єкти господарювання не завжди зможуть забезпечити відповідність певним вимогам лише для конкретної частини своєї продукції або діяльності. Таким чином, лише учасники, які прийняли свою загальну програму, що відображає ці вимоги, зможуть брати участь у таких закупівлях³¹.

Варто зазначити, що розмежування як замовника-закупівельника та регулятора на основі пов'язаності з предметом договору про закупівлю

²⁷ Green paper on the modernization of EU public procurement policy Towards a more efficient European Procurement Market. COM (2011) 15 final. European Commission <<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0015:FIN:EN:PDF>> (accessed: 20.05.2019).

²⁸ M Martens and S Margerie, ‘The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement’ (2013) 1 European Procurement & Public Private Partnership Law Review 17.

²⁹ S Arrowsmith and P Kunzlik, ‘Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles’ in S Arrowsmith and P Kunzlik (eds), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions* (Cambridge University Press 2009) 9-54.

³⁰ C McCrudden, ‘EC public procurement law and equality linkages: Foundations for interpretation’ in S Arrowsmith and P Kunzlik (eds), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions* (Cambridge University Press 2009) 271-309.

³¹ Martens and Margerie (n 28) 17.

відіграє важливу роль і у межах Угоди СОТ про державні закупівлі (далі – УДЗ)³². Як покупець держава повинна мати право робити власний вибір, що закуповувати для задоволення своїх потреб. Водночас можуть траплятися випадки, коли держава, діючи як регулятор, може застосовувати заходи, що мають обмежувальний характер для ринку, з метою реалізації цілей певної національної політики, до прикладу, у сфері захисту здоров'я населення. В УДЗ як покупець замовник може реалізувати “горизонтальні” цілі, наприклад, з охорони навколишнього середовища, через застосування критеріїв, які не виходять за межі предмета договору про закупівлю, на різних стадіях закупівельного процесу. А у випадку дії замовника як регулятора, коли він встановлює вимоги, що не обмежені предметом закупівлі, такі вимоги можуть бути заборонені і визнані допустимими лише на основі застосування винятків із дії положень УДЗ, що передбачає спеціальний порядок обґрунтування таких винятків. Тобто існує значна різниця у порядку реалізації вимог у закупівлях залежно від того, чи виходять вони за межі предмета договору про закупівлю.

Отже, як у ЄС, так і в СОТ вимога щодо пов'язаності з предметом договору про закупівлю дає змогу замовникам імплементувати “горизонтальні” цілі як закупівельнику, але обмежуючи використання закупівель як засобу регулювання.

Також цікавою є практика закупівель у США, де здійснюється розмежування замовників як закупівельника – учасника ринку та регулятора ринку, що відіграє важливу роль у регулюванні торгівлі між штатами. Так, існує заборона щодо встановлення вимог у нормативно-правових актах штатів, які передбачають дискримінацію проти товарів та послуг, які походять з інших штатів. Утім, є виняток із застосування цього положення, яке ґрунтується на чіткому розмежуванні між державними замовниками, які діють у ролі регуляторів, та тих, які діють як учасники ринку. Коли замовник діє як учасник ринку, його діяльність не охоплюється положеннями про регулювання торгівлі між штатами. Інакше кажучи, замовник прирівнюється до приватного покупця, який самостійно вирішує, у кого купувати та що купувати. Так, у зарубіжній літературі наводиться приклад, коли штат Флорида приймає нормативно-правовий акт, який забороняє учасникам, що надають поліграфічні послуги, з інших штатів брати участь у закупівлях таких послуг. Згідно з положенням про торгівлю між штатами такий акт є дискримінаційним і має бути заборонений. Утім, відповідно до доктрини учасника ринку у цьому разі штат Флорида бере участь на ринку поліграфічних послуг,

³² Угода про державні закупівлі від 15 квітня 1994 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/981_050> (дата звернення: 15.06.2019).

як і будь-який приватний суб'єкт господарювання він має право приймати рішення про надання переваги місцевому постачальнику. Штат лише встановлює умови, яким чином він буде взаємодіяти з ринком відповідних товарів та послуг. Як і будь-які приватні учасники ринку, штат в особі замовників має право витратити гроші, купуючи місцеві продукти. У цьому випадку не здійснюються дії, які були б недоступними для звичайних учасників ринку. Така вимога не регулює ринок, наприклад, шляхом встановлення вимоги купувати тільки місцеві продукти як умову для здійснення діяльності. При цьому такий виняток є виправданим за умови, коли замовники не можуть використовувати свою закупівельну владу на одному ринку з метою регулювання відносин поза ним. Зокрема, штат Оклахома має зерно, яке хоче продати. Згідно з доктриною учасника ринку держава має право вимагати, щоб покупцями цього зерна були лише місцеві суб'єкти господарювання. Утім, штат не має права вимагати, щоб покупець зерна перемолов його у штаті, перед тим як експортувати. Коли замовник ставить таку вимогу, він, беручи участь на ринку зерна, намагається регулювати інший ринок – ринок перемелювання зерна, у якому він такої участі не бере³³. Тобто у США, як і у ЄС, розмежування закупівель як засобу державного регулювання та звичайної закупівельної операції відіграє важливе практичне значення у регулюванні торгівлі між штатами.

У визначенні публічних закупівель як засобу державного регулювання господарської діяльності, який за характером впливу на суб'єктів господарювання є схожим до прямих засобів, *важливо також проаналізувати і засоби реалізації “горизонтальних” цілей у закупівлях*. Так, залежно від засобів реалізації публічні закупівлі можуть мати різний вплив, навіть якщо не виходять за межі предмета договору про закупівлю. Зокрема, значний вплив на господарську діяльність може чинити такий засіб, як резервування договорів про закупівлю. У Директивах ЄС про закупівлі встановлено різні механізми підтримки малих та середніх суб'єктів господарювання, які передбачають спрощення участі таких підприємств у закупівлях, зокрема стимули щодо поділу великих договорів про закупівлю на лоти, передбачено менші вимоги щодо мінімального розміру капіталообороту підприємств та ін. Такий засіб реалізації “горизонтальної” політики з підтримки малих і середніх підприємств має менший вплив на суб'єктів господарювання, адже прямо не обмежує участь інших учасників у закупівлях. А резервування, наприклад, як це активно реалізовує США, може справляти значний вплив, обмежуючи конкуренцію.

³³ B Denning and S Graff and H Wooten, ‘Laws to require purchase of locally grown food and constitutional limits on state and local government: suggestions for policymakers and advocates’ [2010] 1(1) Journal of Agriculture, Food Systems and Community Development 142.

Крім того, засіб реалізації “горизонтальних” цілей через вимоги у технічних специфікаціях до процесів і методів виробництва можуть мати такий же вплив, як і прямі засоби державного регулювання господарської діяльності, навіть якщо вони не виходять за межі предмета договору про закупівлі. На практиці вимоги до процесів та методів виробництва для певної закупівлі можуть впливати на весь порядок і виробничі процеси суб’єкта господарювання взагалі, адже іноді важко підлаштувати свою діяльність лише під конкретну закупівлю. На додаток до цього вимоги до методів виробництва у технічних специфікаціях можуть мати вплив на міжнародну торгівлю, коли вимоги до процесів передбачені національним законодавством іншої країни.

Встановлення цінових преференцій під час оцінки пропозицій учасників також наближає публічні закупівлі до прямого засобу державного регулювання, схожого на податкові засоби, до прикладу, екологічні податки. Зокрема, замовник може приймати пропозиції у вигляді як “зелених” товарів, так і традиційних, однак встановлювати цінову фору для “зелених” товарів під час оцінки пропозиції. Деякі американські штати пропонували цінову преференцію від 5 до 15 % учасникам, які виробляють товари, що відповідають певним вимогам із переробки³⁴.

Висновки. Основна ціль регулювання відносин із публічних закупівель полягає у забезпеченні економічної ефективності, тобто досягненні найкращого результату за наявних ресурсів, що передбачає співвідношення ціни та якості. Тобто своєчасне та повне задоволення потреб замовників у товарах, роботах і послугах із необхідними показниками ціни, якості та надійності є важливою ціллю як приватного, так і державного секторів економіки.

Держава є особливим покупцем, враховуючи необхідність задоволення та захисту публічних інтересів, внаслідок чого забезпечення економічної ефективності не є єдиною метою державного регулювання публічних закупівель, внаслідок чого до них інтегруються додаткові “горизонтальні” цілі за різними напрямками державної політики. У разі інтеграції додаткових “горизонтальних” цілей до функціональної мети, яка передбачає лише економічний підхід до закупівель, публічні закупівлі слугують самостійним засобом державного регулювання господарської діяльності, який згідно з усталеним у науці господарського права підходом до розмежування засобів державного регулювання слід віднести до непрямого, адже він не передбачає обов’язкового характеру й державні замовники не виступають суб’єктами організаційно-господарських повноважень.

³⁴ Marron (n 13) 79.

У деяких випадках публічні закупівлі за характером впливу на господарську діяльність учасників, особливо у сферах, де держава як споживач має вирішальний вплив, можуть наближатися до прямих засобів державного регулювання. До таких випадків відносяться:

1) вихід “горизонтальних” цілей за межі предмета договору про закупівлю, що тягне за собою більший тягар для учасників, на відміну від тих, які обмежені предметом закупівлі, оскільки стосуються всієї діяльності суб’єкта господарювання, а не лише тієї, яка необхідна для виконання конкретного договору про закупівлю. Одночасно можливість виходу за межі предмета договору про закупівлі надає більше можливостей для стратегічного використання публічних закупівель, наприклад, для реалізації цілей сталого розвитку;

2) деякі засоби реалізації “горизонтальних” цілей, зокрема, встановлення цінових преференцій під час оцінки тендерних пропозицій, навіть за умови, що вимоги не виходять за межі предмета договору про закупівлю, можуть справляти значний вплив на господарську діяльність учасників.

Розмежування публічних закупівель як непрямого засобу державного регулювання господарської діяльності та засобу, який наближається до прямого, має важливе не лише теоретичне, а й практичне значення. Наприклад, під час здійснення міжнародних закупівель встановлюється різний режим правового регулювання публічних закупівель як непрямого засобу державного регулювання господарської діяльності та засобу, що за характером впливу на суб’єктів господарювання наближається до прямого. Якщо брати до уваги позиції вітчизняної науки господарського права, ЄС та СОТ дозволяють використовувати публічні закупівлі як непрямий засіб державного регулювання, що передбачає пов’язаність “горизонтальних” політик із предметом договору про закупівлю за умови дотримання основоположних принципів із недискримінації, та у більшій частині забороняють застосування публічних закупівель як засобу державного регулювання, який за характером впливу на суб’єктів господарювання схожий на прямий засіб державного регулювання господарської діяльності. Такі особливості правового регулювання публічних закупівель мають братися до уваги Україною під час реалізації “горизонтальних” цілей, що обумовлено взятими зобов’язаннями у сфері публічних закупівель у межах Угоди про асоціацію з ЄС³⁵ та Угоди СОТ про державні закупівлі.

³⁵ Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011> (дата звернення: 15.06.2019).

REFERENCES

Bibliography

Authored books

1. Trepte P, *Regulating Procurement. Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation* (Oxford University Press 2004) (in English).
2. Olefir A, *Hospodarsko-pravove zabezpechennia derzhavnykh zakupivel u sferi okhorony zdorov'ia: teoretychni ta praktychni aspekty [The Economic and Legal Provision of Public Procurement in the Health Care Sector: Theoretical and Practical Aspects]* (Iurait 2012) (in Ukrainian).

Edited books

3. Arrowsmith S and Kunzlik P, 'Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles' in Arrowsmith S and Kunzlik P (eds), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions* (Cambridge University Press 2009) (in English).
4. McCrudden C, 'EC public procurement law and equality linkages: Foundations for interpretation' in Arrowsmith S and Kunzlik P (eds), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: New Directives and New Directions* (Cambridge University Press 2009) (in English).
5. O'Conneide C, 'The GB Disability rights commissions and strategic law enforcement: transcending the common law mind' in Lawson A and Gooding C (eds), *Disability Rights in Europe. From theory to Practice* (Hart Publishing 2005) (in English).
6. Semple A, 'The link to the subject matter. A glass ceiling for sustainable public contracts?' in Sjafjell B and Wiesbrock A (eds), *Sustainable Public Procurement Under EU Law. New Perspectives on the State as Stakeholder* (Cambridge University Press 2016) (in English).

Journal articles

7. Denning P B and Graff S and Wooten H, 'Laws to require purchase of locally grown food and constitutional limits on state and local government: suggestions for policymakers and advocates' [2010] 1(1) *Journal of Agriculture, Food Systems and Community Development* 142 (in English).
8. Marron D, 'Greener Public Purchasing as an Environmental Policy Instrument' [2003] 3(4) *OECD Journal on Budgeting* 79 (in English).
9. Martens M and Margerie S, 'The Link to the Subject-Matter of the Contract in Green and Social Procurement' (2013) 1 *European Procurement & Public Private Partnership Law Review* 17 (in English).
10. Pitschas C and Priess H, 'Secondary policy criteria and their compatibility with E.C. and WTO procurement law. The case of the German Scientology Declaration' (2004) 4 *Public Procurement Law Review* 172 (in English).
11. Pitschas C and Priess H, 'The use of secondary policy criteria in public procurement procedures: the Burma case and the German Scientology declaration' (2000) 5 *Public Procurement Review* 111 (in English).
12. Taylor K T, 'The proper use of offsets in international procurement' [2003] 3(3) *Journal of public procurement* 341 (in English).
13. Bublilii M, 'Teoretychni ta metodolohichni osnovy orhanizatsii derzhavnykh zakupivel' ['Theoretical and Methodological Foundations of the Organization of

- Public Procurement'] (2011) 1(32) Teoriia ta praktyka derzhavnoho upravlinnia 2 (in Ukrainian).
14. Melnykov O, 'Osoblyvosti publichnykh zakupivel yak ob'iekta derzhavnoho rehu-liuvannia ekonomiky' ['Features of Public Procurement as an Object of Economy State Regulation'] (2016) 1(52) Theory and Practice of Public Administration 133 (in Ukrainian).
 15. Mudrak R, "Provaly" rynku ta prava yak faktory ryzyku prodovolchoho zabezpechennia domohospodarstv' ['Failures of Market and Law as Risk Factors of the Household's Food Supply'] (2015) 1 Innovatsiina ekonomika 150 (in Ukrainian).
 16. Petrunenko Ya, 'Hospodarsko-pravova pryroda zasobiv zabezpechennia efektyvnoho vykorystannia derzhavnykh koshtiv' ['The Economic and Legal Nature of the Means of Ensuring the Effective use of Public Funds'] (2017) 3 Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i parvo 88 (in Ukrainian).
 17. Poiedynok V, 'Provaly rynku yak ob'iektyvni pidstavy derzhavnoho rehuliuвання investytsiinoi diialnosti' ['Market Failures as Objective Grounds for State Regulation of Investment Activity'] (2012) 90 Visnyk Kyivskoho natsionalnoho universytetu imeni Tarasa Shevchenka 35-8 (in Ukrainian).
 18. Shabanov R ta Zhdan M, 'Shchodo poniattia hospodarsko-pravovykh zasobiv derzhavnoho rehuliuвання ekonomiky za zakonodavstvom Ukrainy' ['On the Concept of Economic-Legal Means of State Regulation of the Economy Under the Legislation of Ukraine'] (2016) 11 Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i parvo 87 (in Ukrainian).

Websites

19. 'Buy American Act' (*Government Contracts*) <<http://www.wingovernmentcontracts.com/buy-american-act.htm>> (accessed: 20.05.2019) (in English).
20. 'Massachusetts Burma Procurement Law Challenged at WTO' (*Public Citizen*) <<https://www.citizen.org/article/massachusetts-burma-procurement-law-challenged-at-wto>> (accessed: 27.05.2019) (in English).
21. 'Set-aside contracts for small businesses' (*U. S. Small Business Administration*) <<https://www.sba.gov/federal-contracting/contracting-guide/types-contracts#section-header-0>> (accessed: 20.05.2019) (in English).
22. 'Na derzhavnii holtsi: yakyi biznes zalezhyt vid derzhzakupivel?' ['On the Stat Needle: what Kind of Business Depends on Public Procurement?'] (*YouControl*, 20.06.2018) <<https://youcontrol.com.ua/news/na-derzhavniy-holtsiyakyy-biznes-zalezhyt-vid-derzhzakupivel/>> (accessed: 19.01.2019) (in Ukrainian).
23. 'Reforma derzhavnykh zakupivel Ukrainy' ['Public Procurement Reform in Ukraine'] (*Ministerstvo ekonomichnoho rozvytku i torhivli*) <<http://www.me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=38c083f3-2571-466a-9583-3b43c2804ad9&title=ReformaDerzhavnykhZakupivel>> (accessed: 25.02.2019) (in Ukrainian).

Ruslan Dzhabrailov
Vesta Malolitneva

PUBLIC PROCUREMENT AS AN INSTRUMENT OF ECONOMIC ACTIVITY REGULATION BY THE STATE AND IMPLEMENTATION OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT OBJECTIVES

ABSTRACT. To perform its functions prescribed by law, the State procures necessary goods, works and services every year. Such purchases are made in large volumes, and this gives the State ample opportunities to influence economy, especially in those industries where it is the dominant consumer. Thus, the role of public procurement can be not only that of a procurement process, but also of an instrument of economic activity regulation by the State. However, today Ukraine has no scientific approach to determining the potential of public procurement as a comprehensive instrument of economic activity regulation by the State, and therefore, there is no assessment of the potential impact of procurement on the economic development of the country.

The purpose of the article is to introduce a scientific approach to public procurement as an instrument of economic activity regulation by the State, and the essence of this approach is that procurement may become such an instrument provided that appropriate grounds exist; to study the specific features of public procurement as an instrument of economic activity regulation by the State, in particular, the nature of its impact on the activities of participants which in some cases goes beyond that of a mere indirect instrument of State regulation, this being of significant theoretical and practical importance.

The author establishes that the main objective of regulation of public procurement is to ensure economic efficiency, i.e., achievement of the best result with available resources, which implies a value for money factor. At the same time, it is noted that the State is a special buyer, given the need for the protection of public interests; consequently, additional “horizontal” objectives in different areas of State policy are integrated into procurement. The author proves that if such objectives are integrated into the functional objective, public procurement becomes a standalone instrument of economic activity regulation by the State which should be characterized as an indirect instrument. At the same time, the article provides a detailed analysis of cases where public procurement by the nature of its impact on economic activities of participants, especially in areas where the State as a consumer has a decisive influence, can approximate direct instruments of State regulation. The author substantiates that in theoretical and practical terms it is important to distinguish between public procurement as an indirect instrument of economic activity regulation by the State, and an instrument which approximates a direct one, especially in the context of international procurement.

KEYWORDS: public procurement; regulation; instruments of State regulation; economic activity; direct instruments; indirect instruments; subject matter of the procurement contract.