DOI: 10.33498/louu-2021-11-128

Лариса Нескороджена

кандидатка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри міжнародного,
цивільного та комерційного права
Київського національного торговельно-економічного
університету
(Київ, Україна)
ORCID ID: https://orcid.org/0000-0002-1484-3557
Researcher ID: http://www.researcherid.com/rid/M-3683-2016
l.neskorodzhena@knute.edu.ua

УДК 346.542

ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ: ПРОБЛЕМИ ТЕОРІЇ ТА ПРАКТИКИ

Анотація. Реформування ринку публічних закупівель зумовило переглянути господарсько-правове регулювання публічних закупівель у зв'язку з підписанням Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом (ЄС), Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, прийняттям Стратегії сталого розвитку "Україна – 2020", Цілей сталого розвитку України на період до 2030 року, Національної економічної стратегії на період до 2030 року, Стратегії реформування системи публічних закупівель ("дорожню карту"). Постала нагальна потреба вдосконалення чинного законодавства в сфері публічних закупівель, гармонізуючи його з правилами ЄС, адаптації ключових концепцій, понять і приведення процедур закупівлі у відповідність до міжнародних стандартів. Аналіз рішень Постійно діючої адміністративної колегії з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель виявив норми Закону України "Про публічні закупівлі", які можуть трактуватися і застосовуватися по-різному (наприклад, норми щодо двох пропозицій, визначення дискримінаційних вимог, купівля товарів, робіт і послуг за нижчу ціну і нижчої якості тощо).

Метою статті є аналіз чинного законодавства, Директив ЄС щодо господарсько-правового регулювання сфери публічних закупівель та виявлення прогалин і недоліків з метою усунення суперечливих моментів щодо двоякого трактування зазначеного законодавства.

Встановлено, що основною метою публічних закупівель є створення конкурентного середовища та розвиток добросовісної конкуренції, які сприяють розвитку суб'єктів господарювання, стимулюють їх до надання якісних товарів, робіт і послуг, що, зі свого боку, покращує добробут населення. Окреслені основні напрями господарсько-правового регулювання публічних закупівель. Здійснено детальний аналіз повноважень органів державної влади в сфері публічних закупівель. Проведено детальний аналіз рішень Постійно діючої адміністративної колегії з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель з метою виявлення співвідношення понять "виробник", "суб'єкт господарювання", "учасник публічних закупівель". Виявлені випадки лобізму замовника інтересів одного

© Лариса Нескороджена, 2021

учасника, що є порушенням конкуренції та недопустимим фактом у сфері публічних закупівель.

Ключові слова: публічні закупівлі; конкуренція; господарсько-правове регулювання; суб'єкт господарювання; Антимонопольний комітет України.

Нині Україна перебуває у стані реформування різних галузей права, які потребують наукового аналізу та дослідження впровадження нових правових інститутів. Одним із таких інститутів є публічні закупівлі, за допомогою яких забезпечуються потреби держави, територіальних громад та об'єднаних територіальних громад. Не можна сказати, що ринок публічних закупівель сформувався нещодавно, навпаки, він існує ще з 1990 р., коли для реалізації норм Декларації про державний суверенітет України[1] та Закону Української РСР "Про економічну самостійність Української РСР"[2] була ухвалена Постанова Верховної Ради Української РСР "Про запровадження на території Української РСР єдиного державного замовлення на виробництво продукції, виконання робіт (послуг)"[3]. Зазначена Постанова була ухвалена з метою забезпечення державних потреб республіки, виконання міжреспубліканських угод і поставок на експорт найважливіших матеріально-технічних ресурсів, захисту інтересів народного господарства республіки в період переходу економіки на ринкові відносини. Ринок публічних закупівель, який нині сформувався, потребує перегляду господарсько-правового регулювання публічних закупівель, адже з підписанням Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом (далі – ЄС), Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (далі – Угода про асоціацію)[4], прийняттям Стратегії сталого розвитку "Україна – 2020"[5], Цілей сталого розвитку України на період до 2030 року[6], Національної економічної стратегії на період до 2030 року[7], Стратегії реформування системи публічних закупівель ("дорожню кар-

[1] Декларація про державний суверенітет України від 16 липня 1990 р. № 55-XII <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/55-12#Text> (дата звернення: 01.11.2021).

[2] Про економічну самостійність Української РСР: Закон УРСР від 3 серпня 1990 р. № 142-XII <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/142-12#Text> (дата звернення: 01.11.2021).

[3] Про запровадження на території Української РСР єдиного державного замовлення на виробництво продукції, виконання робіт (послуг): постанова Верховної Ради Української РСР 15 жовтня 1990 р. № 378-XII <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/378-12#Text> (дата звернення: 01.11.2021).

[4] Угода про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони: Міжнародний документ від 21 березня 2014 р. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_011/find?text=%E7%E0%EA%F3%EF%B3%E2#Text> (дата звернення: 06.11.2021).

[5] Про Стратегію сталого розвитку "Україна – 2020": Указ Президента України від 12 січня 2015 р. № 5/2015 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/5/2015#Text> (дата звернення: 06.11.2021).

[6] Про Цілі сталого розвитку України на період до 2030 року: Указ Президента України від 30 вересня 2019 р. № 722/2019 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/722/2019#Text> (дата звернення: 05.11.2021).

[7] Про затвердження Національної економічної стратегії на період до 2030 року: Постанова Кабінету Міністрів України від 3 березня 2021 р. № 179 <https://www.kmu.gov.ua/npas/pro-zatverdzhennya-nacionalnoyi-eko-a179> (дата звернення: 05.11.2021).

ту")[8] постала необхідність перегляду чинного законодавства в сфері публічних закупівель із метою гармонізації його з правилами ЄС, адаптації ключових концепцій, понять і приведення процедур закупівлі у відповідність до міжнародних стандартів.

Необхідність запровадження прозорого, ефективного, відкритого, конкурентного та доступного механізму контролю при закупівлі товарів, робіт та послуг за бюджетні кошти сприяла ухваленню 2015 р. Закону України "Про публічні закупівлі" (далі – Закон)[9], який передбачає спрощення проведення процедур закупівлі, створення умов кращого розуміння та застосування проведення цих процедур, ефективне використання бюджетних коштів та зниження корупції при закупівлі за бюджетні кошти, введення ефективного моніторингу проведених закупівель тощо.

Водночас у процесі застосування Закону виявилися норми, які можуть трактуватися і застосовуватися по-різному (наприклад, норми щодо двох пропозицій, визначення дискримінаційних вимог, купівля товарів, робіт і послуг за нижчу ціну та нижчої якості тощо). Різне трактування норм на практиці призвело до частого оскарження проведених закупівель, адже замовники при розробленні тендерної документації встановлювали дискримінаційні вимоги, що є порушенням конкуренції. Аналіз господарсько-правового регулювання публічних закупівель і норм Закону, господарсько-правових механізмів його застосування здійснювався багатьма науковцями (А. Загребельською, А. Олефіром, Ю. Ніколаєнко, С. Вавженчуком, Т. Швидкою, Р. Джабраіловим, В. Малолітневою, О. Шатковським, Н. Пацурією, О. Нечитайло та багатьма іншими), водночас залишилися певні питання без відповіді щодо застосування Закону.

Метою дослідження є аналіз чинного законодавства, Директив ЄС щодо господарсько-правового регулювання сфери публічних закупівель і виявлення прогалин і недоліків з метою усунення суперечливих моментів щодо двоякого трактування зазначеного законодавства.

Стратегія реформування системи публічних закупівель[10] закупівлю товарів, робіт та послуг для задоволення найважливіших суспільних потреб вважає однією з основних функцій держави, реалізація якої повинна здійснюватися на основі раціонального використання державних коштів та розвитку конкурентної економіки. Основною метою публічних закупівель є створення конкурентного середовища та розвиток добросовісної конкуренції, які сприяють розвитку суб'єктів господарювання,

[8] Про Стратегію реформування системи публічних закупівель ("дорожню карту"): Розпорядження Кабінету Міністрів України від 24 лютого 2016 р. № 175-р <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/175-2016-%D1%80#Text> (дата звернення: 05.11.2021).

[9] Про публічні закупівлі: Закон України від 25 грудня 2015 р. № 922-VIII <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19#Text> (дата звернення: 05.11.2021).

[10] Про Стратегію реформування системи публічних закупівель ("дорожню карту") (н 8).

www.pravoua.com.ua

стимулюють їх до надання якісних товарів, робіт і послуг, що, зі свого боку, покращує добробут населення.

З аналізу нормативних документів, що регулюють питання публічних закупівель, можна вивести такі основні напрями господарсько-правового регулювання публічних закупівель:

– ефективне, взаємне та поступове відкриття відповідних ринків закупівель і послідовне наближення законодавства України у сфері державних закупівель до *acquis* ЄС у сфері державних закупівель (ст. 148 Угоди про асоціацію);

– впровадження "зелених" державних закупівель відповідно до національних пріоритетів і стандартів ЄС (п. 5.1 Стратегії сталого розвитку України на період до 2030 року[11]). "Зелені" публічні закупівлі передбачають зазначення у тендерній документації поліпшених екологічних характеристик товарів, робіт і послуг та врахування повної вартості їхнього життєвого циклу для забезпечення потреб держави та територіальної громади. Основними перевагами застосування "зелених" державних закупівель є: економічна ефективність; поліпшення умов праці та підвищення продуктивності; захист довкілля, екологічна безпека та раціональне використання ресурсів; розвиток інновацій та залучення інвестицій;

– забезпечення доступності публічних закупівель; запровадження системи стратегічних закупівель; розвиток сталих публічних закупівель за допомогою підвищення рівня поінформованості учасників ринку та методологічної підтримки щодо застосування критеріїв сталості[12];

– інституційний розвиток, належне матеріально-технічне та кадрове забезпечення уповноваженого органу, а також незалежного наглядового органу із захисту прав суб'єктів публічних закупівель, оптимізація взаємодії регуляторних і контролюючих органів у сфері публічних закупівель та управління державними фінансами, зокрема взаємодії уповноважених органів з метою виконання завдань Стратегії. Уповноваженим органом у сфері публічних закупівель є Міністерство економіки України, яке формує та реалізовує державну політику у сфері публічних закупівель; розробляє і затверджує нормативно-правові акти, необхідні для регулювання державної політики у сфері публічних закупівель; аналізує функціонування системи публічних закупівель (щодо кількісних і вартісних показників у розрізі процедур і предметів публічних закупівель, рівня конкуренції, кількості скарг) та узагальнену інформацію про результати здійснення контролю у сфері публічних закупівель; здійснює співробітництво з органами державної влади та громадськими

[11] Стратегія сталого розвитку України до 2030 року <https://igu.org.ua/sites/default/files.pdf> (дата звернення: 05.11.2021).

[12] Про затвердження Національної економічної стратегії на період до 2030 року (н 7).

ПРАВО УКРАЇНИ • 2021 • № 11 • 128-140

організаціями щодо запобігання проявам корупції у сфері публічних закупівель тощо[13].

Відповідно до ст. 1 Закону України "Про Антимонопольний комітет України" (далі – Закон про АМКУ)[14] державним органом зі спеціальним статусом, метою діяльності якого є забезпечення державного захисту у сфері державних закупівель, є Антимонопольний комітет України (далі – АМКУ). Пункт 17 ч. 1 ст. 1 Закону визначає АМКУ як орган оскарження у сфері публічних закупівель. На виконання ст. 6[1] Закону про АМКУ, ст. 18 Закону АМКУ як орган оскарження утворює Постійно діючу адміністративну колегію з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі – Колегія) з метою неупередженого й ефективного захисту прав і законних інтересів осіб, пов'язаних з участю у процедурах закупівель. Рішення Колегії приймаються від імені АМКУ.

Системний аналіз законодавства України щодо діяльності АМКУ та Колегії дає можливість зробити висновок, що діяльність зазначених державних органів повинна бути спрямована на захист економічної конкуренції на засадах рівності суб'єктів господарювання перед законом, а саме:

– основними завданнями АМКУ є здійснення державного контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції на засадах рівності суб'єктів господарювання перед законом; сприяння розвитку добросовісної конкуренції; здійснення контролю щодо створення конкурентного середовища та захисту конкуренції у сфері публічних закупівель (ст. 3 Закону про АМКУ);

– діяльність АМКУ та Колегії побудована на принципі законності та захисту конкуренції на засадах рівності фізичних та юридичних осіб перед законом (ст. 4 Закону про АМКУ);

– публічні закупівлі повинні здійснюватися на принципі недискримінаційності (ст. 5 Закону);

– основні повноваження АМКУ передбачені в ст. 7 Закону про АМКУ, зокрема розглядати заяви і справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції та проводити розслідування за цими заявами і справами; приймати передбачені законодавством про захист економічної конкуренції розпорядження та рішення за заявами і справами, перевіряти та переглядати рішення у справах, надавати висновки щодо кваліфікації дій відповідно до законодавства про захист економічної конкуренції;

[13] Питання Міністерства економіки: Постанова Кабінету Міністрів України від 20 серпня 2014 р. № 459 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/459-2014> (дата звернення: 06.11.2021).

[14] Про Антимонопольний комітет України: Закон України від 26 листопада 1993 р. № 3659-XII <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3659-12#Text> (дата звернення: 06.11.2021).

www.pravoua.com.ua

– основні повноваження Колегії передбачені в ст. 14 Закону про АМКУ, зокрема: розглядати заяви і справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції; приймати передбачені законодавством про захист економічної конкуренції розпорядження та рішення, надавати висновки щодо кваліфікації дій відповідно до законодавства про захист економічної конкуренції.

Однак, на нашу думку, при розгляді скарг щодо дискримінаційних вимог, які прописують замовники в тендерній документації, Колегія здійснила перевищення своїх повноважень. Так, ч. 2. ст. 20 Закону передбачає, що для проведення відкритих торгів має бути подано не менше двох тендерних пропозицій[15]. Але при розгляді скарг щодо проведення процедур закупівель і виявленні дискримінаційних вимог у тендерній документації Колегія з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель застосовує правило так званих двох виробників[16]. О. Нечитайло стверджує, що правило "двох виробників" стосується лише якісних і технічних умов предмета закупівлі. Основною метою такого правила є надання учасникам реальної можливості конкурувати продукцією різних виробників. На її думку, застосування такого правила є ефективним із погляду отримання збалансованого за ціною і якістю результату, аніж конкуренція між двома учасниками з однаковою продукцією[17]. Варто з'ясувати законність дій Колегії щодо фактично підміни поняття. З одного боку, Колегія всупереч своїх повноважень порушила ч. 2 ст. 19 Конституції України[18] щодо правозастосування ч. 2 ст. 20 Закону. Порушення полягає у такому:

– основні повноваження Колегії передбачені в ст. 14 Закону про АМКУ[19], зокрема: розглядати заяви і справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції; приймати передбачені законодавством про захист економічної конкуренції розпорядження та рішення, надавати висновки щодо кваліфікації дій відповідно до законодавства про захист економічної конкуренції та ін. Але повноваження щодо тлумачення норм у повноваженнях Колегії відсутні;

– у Законі[20] у жодній статті правило двох виробників не застосовується. Слово "виробник" згадується лише у п. 4 ст. 14 та п. 4. ст. 23 Закону, а саме: заборонено в технічній документації робити посилання на

[15] Про публічні закупівлі (н 9).
[16] А Загребельська, 'Правило "двох виробників": міф чи реальність' <https://radnuk.com.ua/praktyka_zakupivel/praktika-oskarzhennja/pravylo-dvokh-vyrobnykiv-mify-ta-realnist> (дата звернення: 06.11.2021); Ольга Нечитайло, 'Проблема "двох виробників" у скаргах на тендерну документацію' <https://radnuk.com.ua/uchast-u-zakupivliakh/praktika-oskarzhennja-uchast-u-zakupivliakh/problema-dvokh-vyrobnykiv-u-skarhakh-na-tendernu-dokumentatsiiu> (дата звернення: 06.11.2021).
[17] Нечитайло (н 16).
[18] Конституція України: Закон України від 28 червня 1996 р. № 254к/96-ВР. *Відомості Верховної Ради України*. 1996. № 30. Ст. 141.
[19] Про Антимонопольний комітет України (н 14).
[20] Про публічні закупівлі (н 9).

конкретну торговельну марку чи фірму, патент, конструкцію або тип предмета закупівлі, джерело його походження або виробника.

У законодавстві України під виробником розуміють суб'єкта господарювання, який виробляє товар або заявляє про себе як про виробника товару, чи є уповноваженим представником виготовлювача продукції в Україні (Див.: ст. 2 Регламенту Європейського Парламенту і Ради (ЄС) від 9 липня 2008 р. № 765/2008 про встановлення вимог до акредитації та ринкового нагляду, пов'язаних із реалізацією продуктів, та про скасування Регламенту (ЄЕС) № 339/93[21]; ст. 2 Директиви Європейського Парламенту і Ради № 2010/35/ЄС від 16 червня 2010 р. про пересувне обладнання, що працює під тиском, і скасування директив Ради № 76/767/ЄЕС, № 84/525/ЄЕС, № 84/526/ЄЕС, № 84/527/ЄЕС та № 1999/36/ЄС[22]; ст. R1 Додатку 1 Рішення Європейського парламенту і Ради № 768/2008/ЄС від 9 липня 2008 р. про спільні рамки для реалізації продуктів та про скасування Рішення Ради № 93/465/ЄЕС[23]; ст. 1 Закону України "Про захист прав споживачів"[24]; ст. 1 Закону України "Про відповідальність за шкоду, завдану внаслідок дефекту в продукції"[25]; ст. 1 Закону України "Про технічні регламенти та оцінку відповідності"[26]; ст. 2 Закону України "Про хімічні джерела струму"[27]; ст. 1 Закону України "Про загальну безпечність нехарчової продукції"[28]; ст. 1 Повітряного кодексу України[29]; ст. 2 Закону України "Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг"[30] та ін.).

Водночас господарська діяльність полягає не лише у виготовленні продукції, а й її реалізації (ч. 1 ст. 3 Господарського кодексу України (далі –

[21] Регламент Європейського Парламенту і Ради (ЄС) № 765/2008 від 9 липня 2008 року про встановлення вимог до акредитації та ринкового нагляду, пов'язаних з реалізацією продуктів, та про скасування Регламенту (ЄЕС) № 339/93 <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_938#Text> (дата звернення: 04.11.2021).

[22] Директива Європейського Парламенту і Ради 2010/35/ЄС від 16 червня 2010 року про пересувне обладнання, що працює під тиском, і скасування директив Ради 76/767/ЄЕС, 84/525/ЄЕС, 84/526/ЄЕС, 84/527/ЄЕС та 1999/36/ЄС <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/984_002-10#Text> (дата звернення: 04.11.2021).

[23] Рішення Європейського Парламенту і Ради № 768/2008/ЄС від 9 липня 2008 року про спільні рамки для реалізації продуктів та про скасування Рішення Ради 93/465/ЄЕС <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/994_b42#> (дата звернення: 04.11.2021).

[24] Про захист прав споживачів: Закон України від 12 травня 1991 р. № 1023-XII <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1023-12#Text> (дата звернення: 04.11.2021).

[25] Про відповідальність за шкоду, завдану внаслідок дефекту в продукції: Закон України від 19 травня 2011 р. № 3390-VI <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3390-17#Text> (дата звернення: 04.11.2021).

[26] Про технічні регламенти та оцінку відповідності: Закон України від 15 січня 2015 р. № 124-VIII <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/124-19#Text> (дата звернення: 04.11.2021).

[27] Про хімічні джерела струму: Закон України від 23 лютого 2006 р. № 3503-IV <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3503-15#Text> (дата звернення: 04.11.2021).

[28] Про загальну безпечність нехарчової продукції: Закон України від 2 грудня 2010 р. № 2736-VI <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2736-17#Text> (дата звернення: 04.11.2021).

[29] Повітряний кодекс України: Закон України від 19 травня 2011 р. № 3393-VI <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3393-17#Text> (дата звернення: 04.11.2021).

[30] Про застосування реєстраторів розрахункових операцій у сфері торгівлі, громадського харчування та послуг: Закон України від 6 липня 1995 р. № 265/95-ВР <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/265/95> (дата звернення: 04.11.2021).

www.pravoua.com.ua

ГК України)[31]). Стаття 263 ГК України передбачає, що господарсько-торговельна діяльність у сфері товарного обігу, яка спрямована на реалізацію продукції, здійснюється суб'єктами господарювання. Визначення суб'єкта господарювання надано в ч. 1 ст. 55 ГК України)[32]. Частина 2 ст. 55 ГК України до суб'єктів господарювання відносить юридичні особи та фізичних осіб – підприємців.

Закон та Директиви ЄС у сфері публічних закупівель[33] містять ще один термін – "учасник". Аналіз чинного законодавства України та Директив ЄС дає можливість стверджувати, що учасником у публічних закупівлях може бути будь-який суб'єкт господарювання (фізична особа – підприємець чи юридична особа, резидент або нерезидент, зокрема й об'єднання учасників), який подав тендерну пропозицію або взяв участь у переговорах у разі застосування переговорної процедури закупівлі.

Пункт 14 Преамбули Директиви № 2014/24/ЄС Європейського Парламенту і Ради ЄС[34] та п. 17 Преамбули Директиви № 2014/25/ЄС Європейського Парламенту і Ради ЄС[35] зазначають, що поняття "суб'єкт господарювання" слід тлумачити в широкому сенсі, включаючи будь-яких осіб та/або організації, які пропонують виконання робіт, поставку продукції або надання послуг на ринку, незалежно від їхньої організаційно правової форми діяльності. Таким чином, фірми, філії, дочірні компанії, партнерства, кооперативи, товариства з обмеженою відповідальністю, університети, державні чи приватні, або інші форми організацій, які не є фізичними особами, всі входять у поняття суб'єкта господарювання незалежно від того, чи вважаються вони "юридичними особами" в усіх обставинах.

З аналізу викладеного вище можна зробити висновок, що Колегія здійснює штучне обмеженням кола потенційних учасників торгів лише виробниками продукції. Як наслідок, позбавляються можливості прийняти участь у Процедурі закупівлі учасники, які не є виробниками продукції або учасники, які не мають безпосередніх договірних відносин із виробниками та/або їх представництвами, або ті учасники, яким виробники не надали гарантійні листи. Суб'єкти господарювання – потенційні учасники торгів можуть мати у себе запаси продукції, необхідні для виконан-

[31] Господарський кодекс України: Закон України від 16 січня 2003 р. № 436-IV <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/436-15#Text> (дата звернення: 04.11.2021).
[32] Господарський кодекс України (н 31).
[33] Директива 2014/24/ЄС Європейського парламенту та Ради від 26 лютого 2014 року про державні закупівлі та скасування Директиви 2004/18/ЄС <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2014.094.01.0065.01.ENG&toc=OJ%3AL%3A2014%3A094%3ATOC> (дата звернення: 04.11.2021); Директива 2014/25/ЄС Європейського парламенту та Ради від 26 лютого 2014 року про закупівлі суб'єктами, що працюють у секторах водного, енергетичного, транспортного та поштового зв'язку та скасування Директиви 2004/17/ЕС <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AOJ.L_.2014.094.01.0243.01.ENG&toc=OJ%3AL%3A2014%3A094%3ATOC> (дата звернення: 04.11.2021).
[34] Директива 2014/24/ЄС (н 33).
[35] Директива 2014/25/ЄС (н 33).

ня взятих на себе договірних зобов'язань, або закупити вказані товари в інших дистриб'юторів. Крім того, може бути ситуація, коли в торгах беруть участь два суб'єкта господарювання не пов'язаних між собою, але які пропонують товар одного виробника. Якщо чітко дотримуватися правила "двох виробників" Колегії, такі торги повинні бути визнані такими, що не відбулися, бо подано менше двох пропозицій, хоча по суті це не так.

Штучне обмеження кола потенційних учасників торгів лише виробниками продукції призводить до того, що торги або призупиняються на певний час, або взагалі скасовуються. У деяких секторах економіки це може створити загрозу життю та здоров'ю громадян. Так, у сфері охорони здоров'я призупинення торгів може призвести до неможливості закладами охорони здоров'я надавати послуги у зв'язку з відсутністю необхідних лікарських засобів, медичних виробів, витратних матеріалів чи медичного обладнання. Унаслідок цього виникає риторичне запитання: хто буде відповідати за смерть пацієнта в разі ненадання лікарем медичної допомоги у зв'язку з відсутністю необхідних лікарських засобів, медичних виробів, витратних матеріалів чи медичного обладнання за умови затягнення проведення тендеру, який був оголошений своєчасно?

Крім того, дії Колегії є виправданими, адже на практиці особа може мати енну кількість суб'єктів господарювання та за умови співпраці з замовником створювати умови для перемоги суб'єктів господарювання однієї особи. Замовник при розробленні тендерної документації зобов'язаний керуватися принципом недискримінаційності (ст. 5 Закону[36]), тобто згідно з ч. 4 ст. 22 Закону тендерна документація не повинна містити вимог, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників[37]. Колегія багато разів при розгляді скарг щодо дискримінаційних вимог у тендерній документації задовольняла скарги та зобов'язувала замовників вносити зміни в тендерну документацію. (Див. Рішення Колегії: від 11 січня 2021 р. № 288-р/пк-пз у закупівлі UA-2020-12-14-007244-c.b1[38] від 3 листопада 2021 р. № 24896-р/пк-пз у закупівлі UA-2021-10-11-011652-b.b1[39], від 25 березня 2021 р. № 6068-р/пк-пз у закупівлі UA-2021-03-03-008323-c[40] та ін.) Крім того, є замовники, які не бажають змінювати дискримінаційні вимоги в тендерній документації, що може свідчити про змову з певним учасником. Так, у закупівлі № UA-2021-03-03-008323-c було подано шість скарг на дискримінаційні

[36] Про публічні закупівлі (н 9).
[37] Там само.
[38] Рішення Колегії від 11 січня 2021 р. № 288-р/пк-пз <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2020-12-14-007244-c> (дата звернення: 04.11.2021).
[39] Рішення Колегії від 3 листопада 2021 р. № 24896-р/пк-пз <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2021-10-11-011652-b> (дата звернення: 04.11.2021).
[40] Рішення Колегії від 25 березня 2021 р. № 6068-р/пк-пз <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2021-03-03-008323-c> (дата звернення: 04.11.2021).

www.pravoua.com.ua

вимоги, п'ять із них було задоволено Колегією[41]. Тому варто погодитися з науковцями, які вважають лобізм (законне відстоювання інтересів окремих постачальників із боку представників замовника) небезпечним явищем публічних закупівель, що може призвести до поставки неякісної продукції або усунення конкуренції[42].

Позицію Колегії про "два виробника" підтримують і суди, які відмовляють у задоволенні позовів в адміністративних справах щодо визнання протиправним та скасування рішення у частині покладення Колегією на замовника зобов'язання скасування дискримінаційних вимог тендерної документації[43].

Така ситуація з Колегією, коли її дії є одночасно і законними, і протизаконними, виникла у зв'язку з недосконалістю Закону. Тому варто доповнити ч. 1 ст. 23 Закону таким реченням: "Товари, роботи або послуги повинні відповідати в сукупності всім технічним та якісним характеристикам, установленим замовником у тендерній документації, щонайменше двом виробникам, представлених в Україні, або двом суб'єктам господарювання, які не пов'язанні між собою".

Стаття 29 Закону передбачає визначення переможця торгів автоматично електронною системою закупівель. Незважаючи на те, що критеріями оцінки відповідно до ч. 3 ст. 29 Закону є ціна, або вартість життєвого циклу; або ціна разом з іншими критеріями оцінки фактично основним критерієм визначення переможця є ціна. Такий висновок можна зробити відповідно до ч. 4 ст. 29 Закону, яка передбачає, що

> <…> в разі застосування критерію оцінки вартості життєвого циклу до цього критерію крім ціни товару (роботи, послуги) може включатися *один або декілька* витрат замовника протягом життєвого циклу товару (товарів), роботи (робіт) або послуги (послуг) <…>[44].

Однак це не узгоджується з п. 90 Директиви ЄС № 2014/24/ЄС[45], за яким переможцем є учасник, який запропонував економічно вигідну пропозицію на основі найкращого співвідношення ціна-якість, яке завжди має включати ціну або елемент витрат. Крім того, зазначено:

[41] Рішення Колегії: від 25 березня 2021 р. № 6068-р/пк-пз, від 1 квітня 2021 р. № 6703-р/пк-пз, від 9 квітня 2021 р. № 7475-р/пк-пз, від 13 квітня 2021 р. № 7769-р/пк-пз, від 22 квітня 2021 р. № 8775-р/пк-пз, від 28 квітня 2021 р. № 9437-р/пк-пз.

[42] А Олефір, 'Проблеми публічних закупівель крізь призму Європейського досвіду' [2017] 1 (11) Теорія і практика правознавства 7.

[43] Рішення Окружного адміністративного суду міста Києва від 6 вересня 2019 р. № 640/4170/19 <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84294548> (дата звернення: 05.11.2021); Рішення Окружного адміністративного суду міста Києва від 19 квітня 2018 р. № 826/16287/17 <https://reyestr.court.gov.ua/Review/73690774> (дата звернення: 05.11.2021); Рішення Окружного адміністративного суду міста Києва від 21 квітня 2020 р. № 826/16839/18 <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88860948> (дата звернення: 05.11.2021) та інші.

[44] Про публічні закупівлі (н 9).

[45] Директива 2014/24/ЄС (н 33).

> <…> з метою заохочення більшої орієнтації на якість державних закупівель, держави члени повинні мати можливість заборонити або обмежити, де вони вважають це необхідним, використання тільки ціни або тільки вартості для оцінки найбільш економічно вигідної пропозиція[46].

Предметом закупівлі може бути різний товар, наприклад, витратні матеріали (критерієм оцінки переможця буде ціна) та обладнання, побутова та комп'ютерна техніка, автомобілі тощо (тут потрібно запровадити змішану систему оцінювання переможця).

Варто погодитися з А. Олефіром, який пропонує: 1) запровадити змішану систему оцінювання переможця, бо часто продукція, придбана на підставі змішаної системи оцінювання, у підсумку (з урахуванням часу експлуатації) виявиться дешевшою за ту, що була куплена за найнижчою ціною, та 2) затвердити перелік продукції (із поділом на категорії), щодо якої існує постійно діючий ринок, для придбання якої замовники мають право (або зобов'язані) застосувати змішану систему оцінювання[47].

Висновки. Публічні закупівлі були запроваджені з метою ефективного, прозорого, відкритого, конкурентного та доступного використання бюджетних коштів. Основними напрямами господарсько-правового регулювання публічних закупівель є відкриття відповідних ринків закупівель; наближення законодавства України у сфері державних закупівель до *acquis* ЄС у сфері державних закупівель; впровадження "зелених" державних закупівель відповідно до національних пріоритетів і стандартів ЄС; забезпечення доступності публічних закупівель усім суб'єктам господарювання; розвиток і забезпечення уповноваженого органу, який буде формувати та реалізовувати державну політику у сфері публічних закупівель, створювати умови для розвитку вільної конкуренції у сфері публічних закупівель.

Уповноваженим органом у сфері публічних закупівель є Міністерство економіки України, яке формує та реалізовує державну політику у сфері публічних закупівель і здійснює всі заходи щодо правового регулювання публічних закупівель. Державним органом зі спеціальним статусом, метою діяльності якого є забезпечення державного захисту у сфері державних закупівель, є АМКУ. Він зобов'язаний здійснювати державний контроль за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції на засадах рівності суб'єктів господарювання перед законом; сприяти розвитку добросовісної конкуренції; здійснювати контроль щодо створення конкурентного середовища та захисту конкуренції у сфері публічних закупівель.

www.pravoua.com.ua

[46] Директива 2014/24/ЄС (н 33).
[47] Олефір (н 42).

АМКУ як орган оскарження утворює Колегію з метою неупередженого й ефективного захисту прав і законних інтересів осіб, пов'язаних з участю у процедурах закупівель. Було звернуто увагу на перевищенні повноважень Колегії, які полягали у підміні поняття, передбаченого ст. 20 Закону "дві тендерні пропозиції" на поняття "два виробника".

Вважаємо, що перевищення меж повноважень Колегії виникло у зв'язку з недосконалістю Закону. Тому варто запропонувати доповнити ч. 1 ст. 23 Закону таким реченням: "Товари, роботи або послуги повинні відповідати в сукупності всім технічним та якісним характеристикам, установленим замовником у тендерній документації, щонайменше двом виробникам, представлених в Україні, або двом суб'єктам господарювання, які не пов'язанні між собою".

REFERENCES

Bibliography

Journal articles

1. Olefir A, 'Problemy publichnykh zakupivel kriz pryzmu Yevropeiskoho dosvidu' [2017] 1 (11) Teoriia i praktyka pravoznavstva 7 (in Ukrainian).

Websites

2. Zahrebelska A, 'Pravylo "dvokh vyrobnykiv": mif chy realnist' <https://radnuk.com.ua/praktyka_zakupivel/praktika-oskarzhennja/pravylo-dvokh-vyrobnykiv-mify-ta-realnist> (accessed: 06.11.2021) (in Ukrainian).
3. Nechytailo Olha, 'Problema "dvokh vyrobnykiv" u skarhakh na tendernu dokumentatsiiu' <https://radnuk.com.ua/uchast-u-zakupivliakh/praktika-oskarzhennja-uchast-u-zakupivliakh/problema-dvokh-vyrobnykiv-u-skarhakh-na-tendernu-dokumentatsiiu> (accessed: 06.11.2021) (in Ukrainian).

Larysa Neskorodzhena

ECONOMIC AND LEGAL REGULATION OF PUBLIC PROCUREMENT: THEORY AND PRACTICE PROBLEMS

Abstract. The reform of the public procurement market has led to a review of economic and legal regulation of public procurement. It happened as a result of the signing the Association Agreement between Ukraine and the EU, the adoption of the Sustainable Development Strategy "Ukraine – 2020", Sustainable Development Goals for Ukraine until 2030, National Economic Strategy until 2030, the Strategy for Reforming the Public Procurement System ("road map"). So, there is an urgent need to improve the current legislation in the sphere of public procurement by harmonizing it with EU rules, adapting key concepts, concepts and bringing procurement procedures in correspondence with international standards. Analysis of the Permanent Administrative Board for Complaints of Violations of Public Procurement Legislation decisions revealed that there are provisions of the Ukrainian Law "On Public Procurement" which can be interpreted and

ПРАВО УКРАЇНИ • 2021 • № 11 • 128-140

applied differently (e. g., rules on two proposals, on defining discriminatory requirements, on purchasing goods, on works and services at a lower price, but also lower quality, etc.).

This article aims to analyze the current legislation, EU Directives on economic and legal regulation of public procurement and identify gaps and drawbacks in order to eliminate contradictory points regarding the ambiguous interpretation of this legislation.

It is stated that the main purpose of public procurement is to create a competitive environment and to develop fair competition, which promotes the development of economic entities, encourages them to provide quality goods, jobs and services, which in turn improves the population welbeing. The main directions of economic and legal regulation of public procurement are outlined here. There is a detailed analysis of the decisions made by the Permanent Administrative Board on Complaints connected with the public procurement violations in the corresponding sphere. The analysis aimed to identify the correlation between the manufacturer, the business entity, the participants in public procurement.

Cases of lobbying of the client of interests of one participant, which is a violation of competition and an unacceptable fact in the sphere of public procurement, were revealed.

Keywords: public procurement; competition; economic and legal regulation; business entity; Antimonopoly Committee of Ukraine.