

ПРАКТИЧНА ЦИВІЛІСТИКА

УДК 346.22: 351.711

DOI <https://doi.org/10.32837/chc.v0i36.197>

Кушнерук Дмитро Володимирович,

аспірант кафедри цивільного права

Національного університету «Одеська юридична академія»

ORCID orcid.org/0000-0001-6822-8579

ПУБЛІЧНІ ЗАКУПІВЛІ ЯК ПІДСТАВА ВИНИКНЕННЯ ПРАВА ДЕРЖАВНОЇ ВЛАСНОСТІ

Постановка проблеми. Однією з пріоритетних задач, що стоїть перед Україною на шляху до євроінтеграції, є подолання корупції. Одним із найбільш ефективних інструментів боротьби із корупцією вважається впровадження обов'язкової публічної процедури закупівель для державних потреб. Впровадження цієї процедури наближує Україну до загальноєвропейських стандартів у сфері розпорядження бюджетними коштами та набуття державою права власності на певні види майна, необхідні для задоволення державних потреб. Ця процедура забезпечує конкурентоздатність, прозорість відбору постачальників, попереджує можливість зловживань з боку розпорядників державними коштами. Очевидними є позитивні ефекти від запровадження цієї процедури. Однак нещодавно було прийнято нову редакцію закону, що регулює публічні закупівлі, що свідчить про недосконалість положень, які існували раніше. І тепер ми стикаємося із браком досліджень та коментарів щодо особливостей закупівлі державою товарів з використанням електронних процедур. Проте залишається питання, чи були вирішені всі проблеми, що існували у сфері державних закупівель, після прийняття нового нормативного акту.

Стан дослідження теми. Державні закупівлі неодноразово привертала увагу вчених, тому у цій сфері досить багато досліджень. Зокрема, варто згадати таких дослідників, як А.О. Олефір, А.С. Овчаренко, Т.В. Мазур, О.П. Орлюк, Н.П. Кучерявенко, В.І. Пашков, А.А. Нечай та інші. Однак у зв'язку з нещодавніми змінами у правовому регулюванні державних закупівель у цій сфері відчувається брак досліджень нових положень нормативних актів.

Мета дослідження. Метою цієї статті є аналіз сучасного стану правового регулювання публічних закупівель як підстави виникнення права державної власності на окремі групи товарів, а також порівняння редакцій нормативних актів, що забезпечують правове регулювання державних закупівель та виявлення проблем, що залишаються у цій сфері.

Виклад основного матеріалу дослідження з повним обґрунтуванням отриманих наукових результатів. Потреба проводити обов'язкові торги як спосіб виникнення цивільно-правових зобов'язань виникла ще за часів римського приватного права. Так, відповідні правила встановлювалися щодо передання в оренду міських земель (відповідна норма мала публічний характер), а також у деяких інших випадках, що забезпечували приватний інтерес.

На цей час публічні торги є найбільш оптимальним конкурентним способом укладення договорів купівлі-продажу за участі держави, оскільки це дозволяє одночасно забезпечити ефективне використання державних коштів і реалізувати товар за найбільш вигідною для продавця ціною. У такому разі процедура купівлі-продажу є обов'язковою, що є виключенням із загального принципу свободи договору [1, с. 159].

Одним із перших європейських актів, яким було запроваджено основні принципи правового регулювання процедур публічних торгів, була Директива Європейського Парламенту та Ради 2004/18/ЄС про координацію порядків надання державних контрактів щодо виконання робіт, постачання товарів та надання послуг. Проведення електронних закупівель у них особливо відзначене, при цьому особлива увага приділяється

електронним методам закупівель. Директива прямо вказує, що електронні методи здійснення закупівель сприяють підвищенню конкуренції та удосконаленню самого процесу закупівель.

До закупівельних інструментів, які мають пряме відношення до електронних засобів ведення закупівель, насамперед належать: динамічна система закупівель та електронні аукціони.

Загальна система проведення електронного аукціону детально прописана в ст. 54 Директиви 2004/18/ЄС. Звернемо увагу на деякі відмінності проведення електронних аукціонів у країнах Євросоюзу. Проведення електронного аукціону можливе в рамках відкритих, закритих та узгоджувальних процедур. Електронний аукціон може бути проведений після оголошення тендеру на право укладення контракту між сторонами рамочної угоди та після оголошення тендеру на право укладення контракту в рамках динамічної системи закупівель. Таким чином, аукціон є не відокремленою процедурою та може бути проведений у рамках усіх процедур, що передбачені Директивою [2].

Реалізація Директиви у кожній державі – члені ЄС проводиться окремо та опосередковується шляхом прийняття власних законодавчих актів. Наприклад, у Великобританії в 2006 році були прийняті нові правила здійснення державних закупівель, ст. 21 яких передбачає право державних замовників на використання електронних аукціонів як частини закупівельного процесу. Використання цього способу проведення закупівель передбачає і певні зобов'язання для замовника, наприклад, публікація в Офіційному журналі Європейського Союзу наміру про використання електронного аукціону [3, с. 127].

У Німеччині організація і порядок проведення комерційних торгів регламентується Промисловим статутом від 21.06.1869 р. та Постановою «Про продаж з публічних торгів». Відповідно до Промислового статуту Німеччини публічні торги можуть проводитися щодо рухомих речей або прав на них, земельних ділянок або прав на нерухомість. Також аукціон у Німеччині розглядається як форма приватизації, на рівні з інвестиційними конкурсами та прямими продажами [4, с. 4].

В Україні правове регулювання обов'язкової процедури державних закупівель вперше було впроваджено Законом України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 р. Відповідно до вказаного Закону торги застосовувались до всіх замовників та закупівель товарів, робіт і послуг, які повністю або частково здійснюва-

лись за рахунок державних коштів, за умови, що вартість предмета закупівлі товару (товарів), послуги (послуг) дорівнювала або перевищувала 100 тисяч гривень (в будівництві – 300 тисяч гривень), а робіт – 1 мільйон гривень [5]. У подальшому підхід до встановлення граничної суми вартості товарів кілька разів змінювався. Останні зміни відбулися у вересні 2019 р., причому їх було так багато, що за доцільне вирішили видати Закон України «Про публічні закупівлі» у новій редакції, ніж вносити зміни у стару версію Закону.

За сучасним цивільним законодавством України розпорядникам державними коштами доводиться здійснювати закупівлю товарів для державних потреб із застосуванням процедур, передбачених Законом України «Про публічні закупівлі» (далі – Закон) у наступних випадках. По-перше, органам державної влади (законодавчої, виконавчої, судової) та правоохоронним органам держави, органам влади Автономної Республіки Крим, органам місцевого самоврядування, об'єднанням територіальних громад, представникам Пенсійного фонду України, органів соціального страхування, а також юридичним особам, які є підприємствами, установами, організаціями, що забезпечують потреби держави або територіальної громади і є розпорядниками або одержувачами бюджетних коштів, мають у вищому органі управління більшість голосів органів державної влади чи місцевого самоврядування або 50 і більше відсотків державних чи комунальних акцій у статутному капіталі, необхідно звертатися до процедур публічних закупівель у разі, якщо вартість товарів чи послуг, що набуваються за державні кошти, дорівнює або перевищує 200 тисяч гривень, або вартість робіт перевищує 1,5 мільйона гривень. По-друге, для юридичних осіб або суб'єктів господарювання, у яких органам державної влади, органам влади АРК чи органам місцевого самоврядування належить частка у розмірі більше ніж 50 відсотків у статутному капіталі або вищезгаданим органам належить більшість голосів у вищому органі чи право призначати більше половини складу виконавчого органу або наглядової ради, а також для юридичних осіб, у яких наявні спеціальні або ексклюзивні права, необхідність застосування публічних процедур для закупівель настає у разі, якщо вартість предмета закупівлі товару чи послуги дорівнює або перевищує 1 мільйон гривень, а вартість робіт перевищує 5 мільйонів гривень. Під «спеціальними або ексклюзивними правами» слід розуміти права державних

та комунальних, інколи навіть приватних підприємств або частково приватизованих компаній, які забезпечують потреби суспільства в інфраструктурних галузях, на ринках, що характеризуються станом природної монополії. Держава, вважаючи за необхідне гарантувати доступність, стабільність та надійність так званих комунальних послуг населенню, з одного боку, зобов'язує відповідні компанії-оператори надавати їх послуги на певних встановлених державою умовах (регульовані ринки), а з іншого боку, надає цим компаніям монополні, виключні чи спеціальні права і захищає їх від конкурентного тиску. Зокрема, це стосується діяльності у сферах енергозабезпечення, тепло- та водопостачання, транспорту [6].

Необхідно зазначити, що придбання не всіх товарів у власність держави врегульовується зазначеним Законом. Зокрема, дія Закону не поширюється на випадки, якщо предметом закупівлі є товари, роботи і послуги, закупівля яких становить державну таємницю, товари, роботи і послуги, закупівля яких здійснюється закордонними дипломатичними установами України, придбання, оренду землі, будівель, іншого нерухомого майна або майнових прав на землю, будівлі та інше нерухоме майно, товари, роботи і послуги, що закупаються у воєнній сфері, сферах оборони і військового будівництва, та спеціалізованими організаціями, які здійснюють закупівлі, товари і послуги, пов'язані з розробленням дизайну, виготовленням захищеного паперу, банкнот, монет і державних нагород України, їх зберіганням, транспортуванням та обліком, товари і послуги, пов'язані з операціями Національного банку із забезпечення управління золотовалютними резервами, їх розміщення, купівлі та продажу на вторинному ринку цінних паперів, здійснення валютних інтервенцій шляхом купівлі-продажу валютних цінностей на валютних ринках та інші товари та послуги, передбачені у ч. 5 ст. 3 Закону.

Закон також передбачає можливість застосування спрощених закупівель. Так, під час здійснення закупівель товарів, робіт і послуг, вартість яких не перевищує 50 тисяч гривень, замовник може використовувати електронну систему закупівель. Під час здійснення таких закупівель без використання електронної системи замовник обов'язково оприлюднює звіт про договір про закупівлю, укладений без використання електронної системи.

Таким чином, у новій редакції Закону обов'язковим стало використання електронної системи

ProZorro для державних закупівель вартістю від 50 тис. грн. Отже, поріг безтендерних закупівель новим Законом знижено з 200 тис. грн до 50 тис. грн. До того ж звіт у системі ProZorro потрібно здійснювати за всі закупівлі, тоді як раніше замовники надавали звіт у систему ProZorro лише у разі здійснення закупівель на суму від 50 тис. грн [7].

Зазначимо, що саме регулювання спрощеної процедури закупівель, яка раніше мала назву допорогових закупівель, було одним з найбільш проблемних питань до прийняття нової редакції Закону. Однак і після прийняття нового Закону багато проблем залишилося невирішеними. Зокрема, у Законі залишається низка підстав, що дають можливість не застосовувати електронні торги під час спрощених закупівель. Наприклад, такою підставою є відсутність конкуренції на ринку. Внаслідок відсутності конкуренції договір про закупівлю товарів для державних потреб може бути укладено лише з одним наявним постачальником. Очевидно, що положення про відсутність конкуренції без деталізації способів підтвердження такої ситуації може привести до численних зловживань. На рівні законів не визначено порядку та документів, які мають підтверджувати відсутність конкуренції. Окремі питання врегульовані лише на рівні підзаконних нормативних актів, таких як Листи Мінекономрозвитку, наприклад, Листом Мінекономрозвитку від 22.11.2006 р. «Щодо застосування переговорної процедури» [8]. Однак такі нормативні акти мають лише інформаційний характер та не мають обов'язкової сили, що знову ж таки веде до зловживань на практиці [9, с. 245–246].

З позитивних рис нової редакції Закону можна відмітити також розширення переліку підстав для відмови в участі у процедурі закупівлі. Ст. 17 доповнено такими підставами: учасник процедури закупівлі є особою, до якої застосовано санкцію у виді заборони на здійснення у неї публічних закупівель; уповноважена на участь у закупівлі особа була притягнута до відповідальності за вчинення правопорушення, пов'язаного з використанням дитячої праці чи будь-якими формами торгівлі людьми, учасник процедури закупівлі має заборгованість із сплати податків і зборів (обов'язкових платежів), крім випадку, якщо такий учасник здійснив заходи щодо розстрочення і відстрочення такої заборгованості у порядку та на умовах, визначених законодавством країни реєстрації такого учасника. Такий підхід дозволяє більш надійно захистити інтереси

держави та вводить додаткові покарання за вчинені правопорушення.

Також безумовно позитивним аспектом нової редакції Закону є пряма вказівка на те, що замовник не має права вимагати документального підтвердження публічної інформації, що оприлюднена у формі відкритих даних згідно із Законом України «Про доступ до публічної інформації» та/або міститься у відкритих єдиних державних реєстрах, доступ до яких є вільним, або публічної інформації, що є доступною в електронній системі закупівель. Такий підхід значно зменшує кількість документів, що мають подаватися учасниками процедури закупівель, у яких немає сенсу, оскільки всі дані з них містяться у відкритих реєстрах. Це свідчить про готовність держави відповідати європейським стандартам та бути відкритою.

До інших позитивних аспектів можна віднести введення 24-годинного терміну на усунення технічних недоліків, введення плати за оскарження, введення електронних каталогів тощо [10].

Однак, у Законі все ще залишається багато недоліків. Зокрема, процедура закупівлі може бути уникнута шляхом розбивання суми закупівлі на частини (що однак вже складніше зробити, оскільки сума спрощених закупівель була знижена до 50 тис. грн). Також залишається можливість вимагання додаткових документів, які б підтверджували відповідність пропозиції вимогам тендерної документації, можливість встановлення заздалегідь узгоджених умов, що дозволяє обирати «потрібного» учасника завдяки чітко визначеним параметрам предмета, які можуть бути наявні лише у конкретно визначеному учаснику. Також залишається проблема невідповідності продукції представленої тендерній документації.

Для вдосконалення процедури закупівель рекомендується звертатись до положень Директиви 2014/24/ЄС Європейського Парламенту та Ради Європи від 26.02.2014 р. Наприклад, не зовсім правильним видається оцінка товару на підставі ціни або якості, більш оптимальним є запропонований у Директиві підхід до оцінки, спираючись на співвідношення ціни та якості. Також слід узяти до уваги нецінові критерії оцінки товарів, вимоги до технічних специфікацій, наявність інноваційного складника, встановлення екологічних вимог, підтримка середнього та малого підприємства тощо [11, с. 9–12].

Висновки з дослідження та перспективи подальших розвідок у цьому напрямі. Таким чином, аналіз процедур публічних закупівель як підстави виникнення державної власності дозволяє зробити висновок про наявність позитивних змін у правовому регулюванні публічних закупівель. Водночас деякі проблеми все ще залишаються невирішеними, що створює можливість зловживань та залишає поле для розквіту корупційних правопорушень. Правове регулювання публічних закупівель потребує особливої уваги з точки зору захисту права державної власності, оскільки є процедурою, що має забезпечити ефективне та прозоре використання бюджетних коштів. Тому важливо взяти до уваги європейські підходи до правового регулювання процедур закупівель для державних потреб та внести необхідні зміни в українські нормативні акти. Зокрема, перегляду потребують критерії оцінки товарів, що підлягають закупівлі, підходи до визначення специфікації. Необхідно також врахувати світові стандарти щодо забезпечення екології та підтримки малого та середнього підприємства. Адже держава повинна не лише дбати про інтереси власності, але й забезпечувати всебічний захист прав своїх громадян.

ЛІТЕРАТУРА:

1. Некіт К.Г. Принципи правового регулювання відносин власності за цивільним законодавством України. *Митна справа*. 2013. № 1(85). С. 158–164.
2. Директива 2004/18 ЄС Європейського парламенту та Ради Європи від 31 березня 2004 року стосовно координації порядків надання державних контрактів щодо виконання робіт, постачання товарів та надання послуг. URL: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:blzxcgw9zmrAJ:old.minjust.gov.ua/file/32409.docx+&cd=1&hl=ru&ct=clnk&gl=ua&client=firefox-b-d>
3. Кокарева Л.М. Электронные методы осуществления госзакупок в странах Евросоюза: практика проведения электронных аукционов Великобритании. Госзаказ: управление, размещение, обеспечение. 2010. № 22. С. 122–133.
4. Лучникова В.Ю. Приватизация промышленных предприятий в новых федеральных землях Германии : автореф. дис. ... канд. эконом. Наук : 08.00.14 : Мировое хозяйство и международные экономические отношения. Московский государственный университет им. М.В. Ломоносова. Москва, 1995. 19 с.
5. Про здійснення державних закупівель: Закон України від 01.06.2010. *Відомості Верховної Ради України* від 20.08.2010. 2010. № 33. Ст. 471.
6. Шатковський О., Яременко С. Коментарі до законодавства України про публічні закупівлі. URL: <https://infobox.prozorro.org/news-mert/komentari-do-zakonodavstva-ukrajini-pro-publiczni-zakupivli-1>

7. Головні нововведення Закону України «Про публічні закупівлі», які варто знати. URL: <http://jur-gazeta.com/publications/practice/sudova-praktika/golovni-novovvedennya-zakonu-ukrayini-pro-publichni-zakupivli-yaki-varto-znati.html>.
8. Щодо застосування переговорної процедури: Лист Мінекономрозвитку від 22.11.2016. URL: http://online.budstandart.com/ua/catalog/doc-page.html?id_doc=68655
9. Овчаренко А.С. Правове регулювання допорогових закупівель в Україні: проблеми та шляхи вирішення. *Порівняльно-аналітичне право*. 2018. № 2. С. 244–247.
10. Гоголь М. Зміни в Законі про закупівлі: що пропонує законопроект № 8265? URL: http://uz.ligazakon.ua/ua/magazine_article_EA011640.
11. Олефір А.О. Проблеми публічних закупівель крізь призму європейського досвіду. *Теорія і практика правознавства*. 2017. Вип. 1(11). С. 1–16.

Кушнерук Дмитро Володимирович

ПУБЛІЧНІ ЗАКУПІВЛІ ЯК ПІДСТАВА ВИНИКНЕННЯ ПРАВА ДЕРЖАВНОЇ ВЛАСНОСТІ

У статті досліджуються особливості правового регулювання публічних закупівель як підстави виникнення права державної власності. Проаналізовано, у яких випадках для набуття державою права власності необхідно звертатися до процедури публічних закупівель. Здійснено порівняння старої та нової редакції Закону України «Про публічні закупівлі». Виявлено позитивні зміни у новій редакції Закону, а також недоліки, що залишилися. Запропоновано звертатись до європейського досвіду з метою вдосконалення правового регулювання процедури публічних закупівель.

Ключові слова: держава, право власності, публічні закупівлі, електронні закупівлі, тендер, спрощені закупівлі.

Кушнерук Дмитрий Владимирович

ПУБЛИЧНЫЕ ЗАКУПКИ КАК ОСНОВАНИЕ ВОЗНИКНОВЕНИЯ ПРАВА ГОСУДАРСТВЕННОЙ СОБСТВЕННОСТИ

В статье исследуются особенности правового регулирования публичных закупок как основания возникновения права государственной собственности. Проанализировано, в каких случаях для приобретения государством права собственности необходимо обращаться к процедуре публичных закупок. Проведено сравнение старой и новой редакции Закона Украины «О публичных закупках». Выявлены положительные изменения в новой редакции Закона, а также оставшиеся недостатки. Предложено обращаться к европейскому опыту в целях совершенствования правового регулирования процедуры публичных закупок.

Ключевые слова: государство, право собственности, публичные закупки, электронные закупки, тендер, упрощенные закупки.

Kushneruk Dmytro

PUBLIC PROCUREMENT AS THE BASIS FOR THE EMERGENCE OF STATE OWNERSHIP

The article explores the features of the legal regulation of public procurement as the basis for the emergence of state ownership. The importance of this procedure is explained by the fact that it was developed to combat corruption when using budget funds. One of the priorities facing Ukraine on the path to European integration is overcoming corruption. Implementation of the public procurement procedure brings Ukraine closer to European standards in the field of managing budget funds and acquiring state ownership of certain types of property which are necessary for the state needs. This procedure ensures competitiveness and transparency in the selection of suppliers, prevents the possibility of abuse by public funds managers. The positive effects of implementing this procedure are obvious. However, a new version of the law regulating public procurement has recently been adopted, which indicates the imperfection of the provisions that existed previously.

In connection with the aforementioned, the article compares the old and new versions of the Law of Ukraine “On Public Procurement”. Positive changes in the new version of the Law, as well as remaining deficiencies were revealed. Among the positive changes can be noted a decrease in the threshold for the mandatory application of public procurement from 200 thousand UAH. up to 50 thousand UAH., the list of grounds for refusing to participate in the public procurement procedure, the introduction of a deadline for eliminating technical errors has been expanded. Among the remaining shortcomings, one can note the imperfection of the criteria for making decisions, the ability to establish requirements for specific suppliers, the ability to supply products that do not meet the requirements of the tender documentation.

As a result of the analysis, it is proposed to turn to European experience in order to improve the legal regulation of public procurement. In particular, to revise the criteria for evaluating the goods to be procured, approaches to determining the specifications, take into account international standards for ensuring the environment and support for small and medium-sized enterprises. This is necessary because the state must not only take care of the efficient use of its property, but also comprehensively protect the rights and interests of its citizens

Key words: state, property right, public procurement, electronic procurement, tender, simplified procurement.