


doi: <https://doi.org/10.15407/econlaw.2019.01.026>

УДК 346.546

Т.І. ШВИДКА, канд. юрид. наук, асистент кафедри господарського права
Національний юридичний університет імені Ярослава Мудрого, м. Харків, Україна
 orcid.org/0000-0002-6152-2705

ПРОБЛЕМНІ ПИТАННЯ КВАЛІФІКАЦІЇ ПРАВОВІДНОСИН НЕДОБРОСОВІСНОЇ КОНКУРЕНЦІЇ У СФЕРІ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ

Ключові слова: антиконкурентні узгоджені дії, економічна конкуренція, торги, тендер, недобросовісна конкуренція, публічні закупівлі, замовник, учасник торгів.

Розглянуто проблемні питання у сфері здійснення публічних закупівель, зокрема механізму боротьби і запобіганню виникненню змов, а також механізму проведення процедур оскарження та притягнення до відповідальності за недобросовісну конкуренцію під час публічних закупівель.

Постановка проблеми. Подолання багатьох змов у сфері публічних закупівель і забезпечення дотримання принципів чесної конкурентної боротьби у ході їх здійснення є одним із завдань Антимонопольного комітету України як органу оскарження публічних закупівель. Нині проблемними залишаються питання боротьби та упровадження дієвих механізмів запобігання виникненню змов між суб'єктами публічних закупівель і, як наслідок, процесуальних аспектів щодо оскарження та притягнення правопорушників до відповідальності за узгоджені дії, що призвели до спотворення результатів тендерів (торгів).

Мета статті. Дослідження, результати якого викладено у статті, передбачало: аналіз процедури здійснення публічних закупівель згідно з законодавством України та з урахуванням умов Угоди СОТ про державні закупівлі й Угоди про асоціацію між Україною та ЄС; визначення процедури оскарження публічних закупівель, зокрема позитивних і негативних аспектів можливості оскарження публічних закупівель; аналіз можливих позитивних наслідків нововведень до Закону України «Про публічні закупівлі» щодо застосування *автоматичних індикаторів ризиків* та уведення моніторингу процедури закупівлі.

Аналіз останніх досліджень і публікацій. Проблемним питанням у сфері публічних закупівель у своїх працях приділяли увагу А.О. Олефір [1], А.М. Довбенко [2], О.С. Мельников [3], Н.Б. Ткаченко, Ю.М. Уманців [4], Ю.М. Оврамець [5] та інші дослідники. Однак конкретно питанням оскарження публічних закупівель і притягнення до відповідальності за спотворення результатів тендерів, торгів, аукціонів, конкурсів з точки зору правової науки приділено недостатньо уваги.

Виклад основного матеріалу. Нормальне функціонування ринкового середовища передбачає дотримання правил конкурентної боротьби і недопущення усунення та обмеження конкуренції на ринку.

У Конституції України у ст. 42 зазначається, що «держава забезпечує захист конкуренції у підприємницькій діяльності», у тому числі стосовно публічних закупівель. Під час публічних закупівель необхідною умовою є дотримання принципу змагальності, недискримінації учасників, а також дотримання інших принципів, передбачених у ст. 3 Закону України «Про публічні закупівлі».

Забезпечення державного захисту економічної конкуренції, зокрема у сфері публічних закупівель, покладено на Антимонопольний комітет України (далі АМКУ) — орган державної влади зі спеціальним статусом — орган оскарження у сфері публічних закупівель, основною метою якого є неупереджений та ефективний захист прав і законних інтересів учасників публічних закупівель.

Із ухваленням Закону України «Про публічні закупівлі» (2016) введено електронну форму торгів через автоматизований електронний майданчик. Але цей факт не вирішив проблеми великої кількості змов у сфері публічних закупівель, так само він не сприяв зниженню рівня спекуляції та корупції у цій сфері.

Публічні закупівлі товарів, робіт і послуг є правовим інструментом, що надає державі право на засадах додержання умов конкурентності обрати суб'єктів господарювання, які будуть здійснювати державне замовлення на найвигідніших умовах ринку. Це може бути здійснено лише на підставі неупередженого конкурсу й визначення переможця на основі чесних методів конкурентної боротьби. Кінцевим результатом публічних закупівель є ефективне визначення постачальника, який повністю відповідає кваліфікаційним критеріям конкурсу й установив найнижчу ціну своєї продукції, робіт або послуг [5, с. 43]. Н.Б. Ткаченко та Ю.М. Уманців слушно зазначають, що публічні закупівлі — це механізм правовідносин між замовниками, з однієї сторони, та іншими учасниками, з другої сторони, з приводу укладення й виконання державних договорів на постачання товарів, робіт, послуг [4, с. 83]. Проаналізувавши інститут публічних закупівель, можна стверджувати, що цей інститут є системою якісно однорідних правових норм, які регламентують організаційні та договірні відносини щодо закупівлі, і визначає взаємні права та обов'язки учасників цих відносин.

За сучасних умов господарювання публічні закупівлі є важливим механізмом реалізації державної економічної політики. Після уведення в дію Угоди про асоціацію між Україною та ЄС (2016) норми національного законодавства у галузі державних закупівель мають бути гармонізовані з відповідним законодавством ЄС у сфері державних закупівель [6], зокрема це стосується Угоди про державні закупівлі. Як зазначає О.С. Мельников, важливим є не просто формальний характер законодавчої діяльності, необхідно приділяти увагу пріоритетам економічного і соціального розвитку [3, с. 1].

Повноваження щодо розгляду скарг покладені на постійну адміністративну колегію Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі Адмінколегія), члени якої повсякчас перевантажені роботою. Адмінколегія розглядає скарги суб'єктів господарювання на дії замовників публічних закупівель, що призвели до порушення умов конкуренції. До повноважень Адмінколегії не належить визначення учасника переможцем закупівлі, також вона не може зобов'язати замовника укласти договір із певним учасником закупівель.

Подача скарги можлива лише в електронному вигляді і тільки учасником публічних закупівель, який вважає, що тендер було проведено із порушенням законодавства, або тих учасників, яких не влаштовують умови тендера. За результатами розгляду скарги Адмінколегія може ухвалити рішення і зобов'язати внести зміни в умови тендера, скасувати неправомірне рішення, скасувати тендер.

Закон передбачає не тільки процедуру оскарження, а й процедуру подання вимоги безпосередньо замовнику, а не АМКУ. Подання вимоги є безкоштовним, форма її довільна, а подання скарги передбачає чималу сплату та регламентований формат. Учасник повинен сплатити 5 000 грн за оскарження товарів (послуг); 15 000 грн — за оскарження робіт. Необхідно наголосити, що оскаржити можна лише надпорогові показники закупівлі товарів, тобто вище 200 тис. грн щодо товарів (послуг), 1,5 млн щодо робіт (див. Закон України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001 № 2210-III). Наявність допорогових показників надає можливість багатьом учасникам

організувати тендери на суму до 199 тис. грн будь-яку кількість разів.

Ключовим моментом закупівель є дотримання умов конкуренції, отже будь-які змови (формальні чи неформальні) можуть призвести до порушення основних принципів конкуренції. Змови у сфері закупівель можна класифікувати як горизонтальні (між учасниками) та вертикальні (між учасником та замовником закупівель).

Окрім АМКУ контроль у сфері публічних закупівель здійснюють і інші державні органи, зокрема центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів, Рахункова палата, орган державного фінансового контролю, Національне антикорупційне бюро України, Служба безпеки України тощо. Не можна лишити поза увагою електронну платформу *dozorro.org*, що здійснює громадський контроль державних закупівель з метою припинення зловживань із боку учасників та недопущення недобросовісних учасників до тендерів. Але попри увагу з боку державних органів і громадськості, рівень кількості правопорушень у сфері публічних закупівель залишається у край високом. На жаль, ухвалення нового Закону України «Про публічні закупівлі», запровадження електронної системи закупівель, утворення Адмінколегії із розгляду скарг у сфері публічних закупівель не призвели до зниження рівня правопорушень, зокрема кількості змов, що спотворюють результати тендерів.

Основною метою тендера є обрання переможця, який пропонує найнижчу ціну та найвигідніші умови, тобто обов'язковим є досягнення найкращих результатів за мінімальних витрат. Ст. 28 Закону України «Про публічні закупівлі» перелічує критерії оцінки тендерних пропозицій, серед яких перше місце займає ціна. І лише для закупівлі складного продукту (консультативних послуг, наукових досліджень, експериментів та інших, для яких не можна чітко окреслити ринок товару), враховано разом із ціною інші критерії, перелік яких не є вичерпним. При цьому «іншими критеріями» можуть бути умови оплати, строк виконання, гарантійне обслуговування, експлуатаційні витрати тощо. Цілком логічно А.О. Олефір вказує на необхідність доповнення нецінових критеріїв оцінки переможця й

урахування якості продукції, умов і строки постачання, наявності додаткових послуг (ремонт, обслуговування) тощо [1].

Варто звернути увагу на досвід ЄС щодо оцінювання пропозицій учасників [7], де для визначення переможця керуються принципом найкращого співвідношення ціни і якості, а також визначено нецінові критерії, які беруть до уваги (витрати на обслуговування протягом амортизаційного строку, технічна допомога, умови поставок, технічні переваги, соціальні, функціональні, екологічні, інноваційні характеристики, доступність для користувачів).

На шляху подолання недоліків законодавчого забезпечення питання публічних закупівель у 2017 р. до Закону України «Про публічні закупівлі» внесено певні позитивні зміни. Нововведенням є доповнення пп. 1¹ п. 1. ст. 1, що передбачає застосування автоматичних індикаторів ризиків. Це створює можливість автоматично здійснювати вибір процедур закупівель із ознаками порушень законодавства у сфері публічних закупівель. Було також внесено зміни до ст. 7¹ стосовно моніторингу закупівель, який здійснюють органи державного фінансового контролю (див. Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про публічні закупівлі» та деяких інших законів України щодо здійснення моніторингу закупівель» від 21.12.2017 № 2265-VIII).

Згідно з чинним законодавством в Україні за спотворення результатів тендерів і торгів аукціонів передбачено відповідальність у вигляді штрафу. Підставою для застосування відповідальності є склад правопорушення. У даному випадку такі дії кваліфікують як антиконкурентні узгоджені дії (п. 4 ч. 1 ст. 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції»), за які передбачений штраф у розмірі до 10 % доходу суб'єкта господарювання за останній звітний рік.

Об'єктом правопорушення є відносини під час торгів, які складаються між суб'єктами господарювання з однієї сторони та органом державної влади, місцевого самоврядування, наділений господарською компетенцією, з іншої. Отже, ці відносини мають господарсько-договірний характер. Результатом торгів є укладення договору між замовником та переможцем. Невід'ємним елементом публічних закупівель є зв'язок господарських відносин із адміністративними органами щодо контролю та ос-

карження закупівель, а також притягнення до адміністративної відповідальності. Тому ці правовідносини тісно пов'язані з адміністративними.

Наголосимо, що факт змови між суб'єктами вже є правопорушенням. Тому настання наслідків і встановлення причинно-наслідкового зв'язку не є обов'язковим: правопорушення може бути як із формальним, так і з матеріальним складом. Вважаємо за доцільне тут детальніше розглянути це правопорушення, виділивши його в окрему статтю із зазначенням кваліфікаційних ознак (пом'якшувальних чи обтяжувальних обставин) для розрахунку штрафу. Нині Законом встановлений лише максимальний розмір штрафу, що дає змогу АМКУ призначати штраф на власний розсуд. На законодавчому рівні в ЄС розроблена спеціальна Методика призначення штрафів за антиконкурентні узгоджені дії залежно від наслідків та з урахуванням інших обставин, які можуть вплинути на застосування відповідальності до правопорушника [6].

Також не можна не погодитися з думкою А.М. Довбенко щодо актуальності запровадження спеціального нормативно-правового акта для визначення Правил процедури розгляду справ про порушення законодавства у сфері публічних закупівель, де треба визначити загальні положення процедури розгляду скарг, детальні повноваження органу оскарження, засади урегулювання питань підзвітності, порядок оскарження допорогових і надпорогових процедур закупівлі [2, с. 23].

Висновки. 1. Публічні закупівлі товарів, робіт і послуг є правовим інструментом, який надає державі право обрати на засадах додержання умов конкурентності тих суб'єктів господарювання, які будуть здійснювати державне замовлення на найвигідніших умовах ринку. Це може бути здійснено лише на підставі неупередженого процесу конкурсу з закупівлі й відбору переможця на основі чесних методів конкурентної боротьби.

2. На основі запропонованих науковцями визначень публічних закупівель можна окреслити їх як одну із форм державної діяльності у межах регуляторної політики, як регламентований у законодавстві процес придбання уповноваженими суб'єктами з боку держави, тобто замовниками, матеріальних ресурсів (товарів,

робіт і послуг) для економічного приросту й забезпечення діяльності та державних потреб, а також з боку територіальних громад, що здійснюється за публічні кошти з найбільшою ефективністю й мінімальними витратами за задалегідь визначеними правилами й умовами на основі конкурсу, що заснований на принципах добросовісної конкуренції.

3. Обрання переможця закупівель повинно відбуватись з урахуванням не тільки цінового, а й нецінових критеріїв, що уможливить обрання переможця на основі принципу кращого співвідношення вартості та якості предмета закупівлі. Важливими серед нецінових критеріїв є експлуатаційні характеристики, можливість технічного обслуговування предмета закупівлі упродовж амортизаційного строку, умови поставки та інші соціальні, технічні, екологічні характеристики товару.

4. Необхідним є удосконалення механізму оскарження публічних закупівель, зокрема внесення змін щодо оскарження допорогових показників (якщо має місце велика кількість застосування закупівель через допорогові показники, що дає змогу стверджувати, що дана процедура спрямована на обхід закону, зокрема принципу змагальності).

5. Процес притягнення до відповідальності порушників у сфері публічних закупівель потребує уточнення та врегулювання на законодавчому рівні. Діяльність Антимонопольного комітету України із застосування до правопорушників відповідальності й розслідування правопорушень щодо спотворення результатів тендерів має безліч недоліків і суперечностей. Розрахунок розміру штрафу та застосування превентивної функції щодо порушень умов публічних закупівель є дуже актуальним питанням у наш час, що потребує негайного внесення змін до законодавства. Реалізація превентивного механізму можлива лише після удосконалення процедури притягнення до відповідальності правопорушників та посилення санкцій щодо них.

6. Ключовим вектором має стати подолання корупції та спекуляцій у сфері публічних закупівель. Треба розробити механізм запобігання виникненню корупційних ризиків у електронній комерції сфері публічних закупівель, а також удосконалити відповідне чинне законодавство країни.

СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ

1. Олефір А. Угода про державні закупівлі СOT: правові наслідки для України. *Підприємництво, господарство і право*. 2017. № 3. С. 79—84.
2. Довбенко А.М. Адміністративно-правові засади розгляду Антимонопольним комітетом скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.07. Київ, 2017. 256 с.
3. Мельников О.С. Особливості публічних закупівель як об'єкта державного регулювання економіки. *Державне регулювання процесів економічного і соціального розвитку*. 2016. № 1 (52). С. 1—7.
4. Ткаченко Н.Б., Уманців Ю.М. Макроекономічні аспекти державних закупівель. *Фінанси України*. 2009. № 8. С. 82—88.
5. Оврамець Ю.М. Поняття та сутність «публічних закупівель» в адміністративному праві України. *Вісник Вищого адміністративного суду України*. 2017. № 1/2. С. 41—49.
6. Guidelines on method of setting fines imposed pursuant to Article 23 (2) (a) of Regulation № 1/2003. (text with EEA relevans), June 2006. URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC0901\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC0901(01)&from=EN) (дата звернення: 23.10.2018).
7. Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council «On public procurement and repealing Directive 2004/18/EC» of 26 February 2014. URL: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3A0J.L_.2014.094.01.0065.01.ENG (дата звернення: 23.10.2018).

Надійшла 10.11.2018

REFERENCES

1. Olefir A. Uhoda pro derzhavni zakupivli SOT: pravovi naslidky dlia Ukrainy. *Pidpriemnytstvo, hospodarstvo i pravo*. 2017. No. 3. P. 79-84 [in Ukrainian].
2. Dovbenko A.M. Administratyvno-pravovi zasady rozghliadu Antymonopollnym komitetom skarh pro porushennia zakonodavsva u sferi publichnykh zakupivel: dys. ... kand. yuryd. nauk: 12.00.07. Kyiv, 2017. 256 p. [in Ukrainian].
3. Melnykov O.S. Osoblyvosti publichnykh zakupivel yak obiekta derzhavnoho rehuliuвання ekonomiky. *Derzhavne rehuliuвання protsesiv ekonomichnoho i sotsialnoho rozvytku*. 2016. No. 1 (52). P. 1-7 [in Ukrainian].
4. Tkachenko N.B., Umantsiv Yu.M. Makroekonomichni aspekty derzhavnykh zakupivel. *Finansy Ukrainy*. 2009. No. 8. P. 82-88 [in Ukrainian].
5. Ovrामets Yu.M. Poniattia ta sutnist «publichnykh zakupivel» v administratyvnomu pravi Ukrainy. *Visnyk Vyshchoho administratyvnoho sudu Ukrainy*. 2017. No. 1/2. P. 41-49 [in Ukrainian].
6. Guidelines on method of setting fines imposed pursuant to Article 23 (2) (a) of Regulation No. 1/2003. (text with EEA relevans), June 2006. URL: [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC0901\(01\)&from=EN](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52006XC0901(01)&from=EN)
7. Directive 2014/24/EU of the European Parliament and of the Council "On public procurement and repealing Directive 2004/18/EC" of 26 February 2014. URL: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3A0J.L_.2014.094.01.0065.01.ENG

Received 10.11.2018

Т.І. Швидкая

Национальный юридический университет имени Ярослава Мудрого, г. Харьков, Украина

ПРОБЛЕМНЫЕ ВОПРОСЫ КВАЛИФИКАЦИИ
ПРАВООТНОШЕНИЙ НЕДОБРОСОВЕСТНОЙ КОНКУРЕНЦИИ
В СФЕРЕ ПУБЛИЧНЫХ ЗАКУПОК

Рассмотрены проблемные вопросы в сфере осуществления публичных закупок, в частности механизма борьбы и предотвращения возникновения заговоров, а также механизма проведения процедур обжалования и привлечения к ответственности за недобросовестную конкуренцию в ходе публичных закупок.

Ключевые слова: антиконкурентные согласованные действия, экономическая конкуренция, торги, тендер, недобросовестная конкуренция, публичные закупки, заказчик, участник торгов.

T.I. Shvydka

Yaroslav Mudryi National Law University, Kharkiv, Ukraine

<http://orcid.org/0000-0002-6152-2705>

PROBLEMATIC ISSUES OF QUALIFICATION
OF LEGAL RELATIONSHIPS IN PUBLIC PROCUREMENT

Overcoming a large number of conspiracies in the field of public procurement and ensuring compliance with the principles of fair competition in the implementation of procurement is one of the tasks of the Antimonopoly Committee of Ukraine, as the public procurement appeal body.

With the adoption of the Law of Ukraine "On public procurement" in 2016, an electronic form of bidding was introduced, but unfortunately this did not contribute to the reduction of speculations and offenses in the field of public procurement.

Public procurement of goods, works and services is a legal tool that gives the state the right to choose on the basis of compliance with the competitive conditions of business entities that will carry out the state order on the most favorable market conditions. This can be carried out only on the basis of an impartial bidding process for conducting a procurement and selecting a winner based on honest competitive methods. The final result of public procurement is the effective designation of a supplier who fully meets the qualification criteria of the competition and has established the lowest price for its products, works or services.

In modern economic conditions, public procurement is an important mechanism for the implementation of state economic policy. With Ukraine's accession to the WTO, compliance with the provisions of the Public Procurement Agreement is imperative. After the introduction of the Association Agreement between Ukraine and the EU in 2016, the norms of national legislation on public procurement should be harmonized with the corresponding EU legislation on public procurement.

Attention should be paid to the improvement of the public procurement appeal mechanism. The process of bringing to justice violators in the field of public procurement needs to be clarified and settled at the legislative level.

Keywords: anticompetitive concerted actions, economic competition, bidding, tenders, unfair competition, public procurement, customer, bidder.