

Цілі регулювання державних закупівель та майбутній розвиток

Ця стаття пропонує розглянути цілі законодавства про державні закупівлі та деякі важливі тенденції в ЄС щодо регулювання цієї системи, які матимуть неабияке значення в процесі подальшої гармонізації українського законодавства зі стандартами ЄС у найближчі роки.

Мета регулювання державних закупівель — краща якість за нижчу ціну

Хоча **основною функцією регулювання державних закупівель** часто помилково вважається боротьба з корупцією, та фундаментальною ціллю є **насамперед створення конкуренції в процесі закупівель** у державному секторі з метою отримання найкращої пропозиції за гроші платників податків. Тобто необхідність процедур проведення державних закупівель обґрунтована тим, що не можна очікувати, що державний сектор поводитиметься як звичайний покупець, орієнтований на найвищу якість за найнижчу ціну.

Відсутність комерційного підходу до закупівель у державному секторі може мати кілька причин. Наприклад, покупець державного сектора може надати перевагу своєму звичному постачальникові, навіть якщо той не є найбільш конкурентоспроможним на ринку. Другою тенденцією може бути обмеження вибору постачальників із залученням лише місцевих підприємств з метою сприяння працевлаштуванню місцевого населення і податкових надходжень. Також існує ризик того, що рішення, у тому числі рішення про закупівлі, не є комерційно орієнтованими через корупцію.

Корупція є лише однією з кількох можливих причин відсутності конкуренції в державних закупівлях. Та норми державних закупівель не спрямовані саме на вирішення або запобігання корупції, а на створення структурованого процесу. Це важливо розуміти, аби не мати надмірних очікувань на регулювання державних закупівель як на інструмент для боротьби з корупцією.

Часто можна почути, що правові норми організації державних закупівель відкривають державний сектор для ринкової конкуренції. Саме цей аспект є важливим для ЄС у межах його загальної мети — сприяння економічній інтеграції в Європі. ЄС використовував і використовує гармонізацію законодавства про державні закупівлі як важливий елемент у Стратегії єдиної ринку з 1980-х років і до сьогодні.

З часом зобов'язання проводити державні закупівлі на конкурсних засадах стало однією з умов у державному секторі. Справді, перше законодавство про державні закупівлі 1930-х років в Європі було прийнято задовго до процесу європейської інтеграції в кінці 1950-х. Ці

перші закони базувалися на конкретних принципах поміркованого витрачання і належного управління державними фінансами.

Логіка директив ЄС

В Україні різні етапи відносин з ЄС з 1990-х років створили умови для розвитку законодавства про державні закупівлі. Наближення закупівельного законодавства України до правил ЄС певним чином завжди було на порядку денному. Проте **лише після підписання торік Угоди про асоціацію між Україною і ЄС з'явилися конкретні зобов'язання щодо переорієнтації українського законодавства відповідно до ключових директив ЄС** та їх застосування повною мірою (директиви доступні для перегляду в українському неофіційному перекладі. Збірник директив ЄС, зі вступом та поясненнями, розміщено на сайті Проекту ЄС <http://eurpublicprocurement.org.ua>). У межах цих зобов'язань закріплено певні фази, терміни й цілі гармонізації законодавства.

Новий політичний контекст, який зумовив підписання Угоди, також дав змогу торік прийняти поправки до Закону України «Про здійснення державних закупівель» (далі — Закон), що означає подальше наближення до законодавства ЄС стосовно багатьох важливих пунктів.

Директиви ЄС по суті зобов'язують державний сектор проводити закупівлі на конкурсній основі із застосуванням прозорих процедур, що ґрунтуються на заздалегідь установлених об'єктивних критеріях. Для цього директиви включають положення, що стосуються:

вимог щодо публікації інформації про закупівлі;

різних конкурсних процедур для різних видів договорів;

вимог щодо типів критеріїв і специфікацій, які використовуватимуть у процесі державних закупівель.

вимог до установ і процедур, які б забезпечили можливість розгляду присуджених контрактів (механізм подачі скарг).

Є пункти, які відрізняють правила закупівель в ЄС і які потребують відповідного застосування в українському законодавстві про державні закупівлі, оскільки матимуть важливе значення для наближення українського законодавства до стандартів ЄС у найближчі роки.

Правила ЄС щодо державних закупівель, які повинні

бути застосовані в Україні

Порогові контракти

Директиви ЄС поширюються тільки на договори вище певного рівня вартості, в основному тому, що саме такі договори є важливими в контексті міжнародної торгівлі. Адже основною метою директив є сприяння такій торгівлі, а не регулювання державних контрактів у цілому. Однак це не означає, що директиви надають національному законодавству повну свободу щодо присудження контрактів нижче порогової вартості.

Прецедентне право Суду Європейського Союзу свідчить, що певні принципи права ЄС застосовуються до всіх державних контрактів. Так, для договорів про державні закупівлі, вартість яких нижча від зазначеної в директивах, обов'язковим є оприлюднення наміру укласти договір про закупівлі і використання об'єктивних і попередньо оголошених критеріїв. Прецедентне право СЈЕУ також демонструє, що існують договори, на які законодавство ЄС не поширюється — в основному через їхню невелику вартість. Припускають, що вони не зацікавлять постачальників з інших країн-членів ЄС.

Прецедентний характер рішень Суду Європейського Союзу щодо державних закупівель підкреслює тісний зв'язок між директивами та європейською інтеграцією. Також ясно, що директиви не надають повної правової свободи регулювання державних контрактів нижче порогових рівнів для національного законодавства. Та очевидно, що до менших контрактів можуть бути застосовані гнучкіші процедури.

З огляду на це, багато країн-членів ЄС запровадили особливі процедури для контрактів меншої вартості, які є гнучкішими щодо, наприклад, термінів і вимог до документації.

Постає питання щодо існування межі, нижче якої правила не застосовують.

Як було зазначено вище, вартість деяких контрактів є такою низькою, що вони ніколи не будуть підпорядковані дії положень директив або принципів прецедентного права Суду ЄС, які охоплюють контракти нижче рівня порогів. Однак у більшості країн існують вимоги щодо належного управління державними фінансами, які запобігають випадкам очевидного фаворитизму і корупції й покривають навіть найменші контракти.

Суб'єкти, на які поширюється дія директив ЄС

Іншою характерною рисою директив ЄС є їх застосування з погляду замовника або постачальника. До прийняття змін до Закону про здійснення державних закупівель у 2014 році українське законодавство застосовувалося відповідно з джерелом фінансування закупівельного контракту. Це означало, зокрема, що державні підприємства були підпорядковані дії Закону.

Для порівняння: **дія директив ЄС про державні закупівлі поширюється на органи**

державної влади та інших учасників державного сектора. Має значення саме мета діяльності суб'єкта. Для цього директиви ЄС розрізняють діяльність на комерційній основі та діяльність задля забезпечення суспільних потреб. Так, якщо суб'єкт комерційно орієнтований, то необхідності в застосуванні правил закупівель не буде, адже в цьому випадку він здебільшого зацікавлений в тому, щоб отримати кращу якість за нижчу ціну.

І хоча інколи важко розрізнити суб'єкт за його діяльністю, **важливо не те, фінансує його держава чи ні, а чи регулюють підприємство органи державної влади.** Адже бюджетні кошти залучено в більшості випадків. З огляду на мету створення підприємства (задоволення суспільних потреб або комерційний інтерес), ні державні, ні приватні підприємства не підпорядковуються дії норм ЄС.

Проте жодне правило не обходиться без деяких винятків. Існують особливості закупівель для підприємств, що працюють у комунальному господарстві (енергозабезпечення, тепло- та водопостачання, транспорт). У різних країнах регулювання закупівель підприємств, що працюють у зазначених галузях, відбувається по-різному. Наприклад, стосується залучення приватного бізнесу, але чітко встановлено, що саме державний сектор повинен гарантувати доступність, стабільність та надійність послуг населенню.

Приватизовані підприємства часто опиняються в становищі монополістів на певній території і тому виходять за межі нормальної конкуренції. Аутсорсинг і монополія, що здебільшого базуються на виключних або спеціальних правах, наданих відповідними державними органами, формують особливу лояльність стосовно державного сектора і впливають на поведінку всього ринку. Саме через це в Директивах ЄС до сфери дії правил про публічні закупівлі віднесено як державні, так і приватні підприємства з особливими і винятковими правами, хоча ці правила і можуть бути гнучкішими.

Зважаючи на особливі правила про державні закупівлі компаніями-операторами комунальних послуг, виникла потреба ввести правове поняття спеціальних та виключних прав. Воно є частиною правової концепції ЄС і по суті є концесією. У такому випадку певне підприємство отримує привілеї, недоступні для інших підприємств. Зовсім інша річ, коли переваги надають у результаті конкурентного процесу, відкритого для інших підприємств. Переможець не отримує особливих пільг, тому директиви позбавляють такі випадки спеціальних та виключних прав.

Технічна специфікація

Третя особливість стосується вимог директив ЄС щодо технічної специфікації — опису вимог до того, що повинно бути виконано згідно з договором про державні закупівлі. Технічна специфікація є важливим елементом тендерної документації, яку надають учасникам тендера і на основі якої ті готують свої пропозиції. Очевидно, що такі специфікації повинні бути об'єктивними. Тобто вони повинні **не надавати переваг жодному з учасників і бути однаково зрозумілими для всіх заявників.** Тільки тоді пропозиції будуть конкурентними, придатними для порівняння та оцінки і змістовними.

Директиви ЄС вимагають, щоб закупівельні організації використовували технічні специфікації, засновані на європейських чи міжнародних стандартах. Метою цього є забезпечення високого ступеня відповідності пропозиції заявника інтересам ринку, у тому числі міжнародного ринку. Для зручності і заохочення в участі заявники також можуть використовувати у своїх пропозиціях альтернативні стандарти за умови, що їхня відповідність європейським/міжнародним стандартам може бути задокументована.

Можливі також ситуації, коли замість конкретного технічного рішення в закупівельному договорі описано проблему, яку потрібно вирішити, і бажані результати. У таких випадках учасники торгів мають можливість використати свій інноваційний потенціал і технічні ноу-хау для розробки оптимального підходу.

Через це допускається використання функціональних та експлуатаційних вимог як альтернативи технічним специфікаціям у звичному вигляді. У такому випадку оцінюють тендерні пропозиції з різним технічним підходом, які можна порівняти лише з погляду заявленого результату. При розробці критеріїв оцінювання, звичайно, слід пам'ятати, що такі критерії не повинні вказувати на певне технічне рішення.

Критерії оцінювання

Ще одна, четверта, властивість стосується критеріїв визначення найкращої пропозиції. Українське законодавство передбачає оцінку вартості пропозиції як основного критерію для визначення переможця, що в умовах невизначеності часто використовують і як єдино можливе мірило (через його відносну об'єктивність і простоту).

Директиви ЄС окреслюють абсолютно інший підхід: ефективна конкуренція можлива, якщо в її основу закладена оцінка *групи* показників (функціональність, економічність, післяпродажне обслуговування та інші сутнісні аспекти), а не лише ціни.

Дехто стверджує, що використання цих критеріїв автоматично призводить до зловживань. Дійсно, є ризик, якщо сутнісні критерії сформульовано в занадто загальному вигляді (наприклад, використання таких абстрактних термінів, як «якість», «функціональність» і т. д.). У таких випадках закупівельник залишає занадто велику дискрецію в прийнятті остаточного рішення. Крім цього, **за відсутності чітких вимог результатом торгів цілком може стати, що пропозиції насправді непорівнянні, оскільки, наприклад, учасники зрозуміли термін «функціональність» абсолютно по-різному**. Існує безліч прикладів оскарження (і навіть анулювання) результатів тендерів країн-членів ЄС через використання критеріїв, які були занадто розпливчастими.

Це пояснює те, чому потрібно використовувати більш чітко визначені критерії, і це не обов'язково вимагає особливих технічних знань. Наприклад, у випадку придбання принтерів доцільно розглядати не лише ціновий фактор. Бо найдешевший принтер може стати найдорожчим рішенням у довгостроковій перспективі унаслідок вищих цін на картриджі. У цьому випадку доречним сутнісним критерієм, окрім ціни принтера, може бути ресурс картриджа (тобто кількість сторінок, яку можна ним роздрукувати) та його

ціна.

Проте тут можуть виникнути певні проблеми, коли одним з параметрів оцінки є екологічна ефективність і коли потрібно визначити пропозицію, яка матиме мінімальний вплив на довкілля. На прикладі закупівлі принтерів можна визначити такі екологічні критерії, як показник споживання енергії, можливість вторинної переробки і склад тонера (наприклад, вони не повинні містити такі токсичні метали, як ртуть, кадмій, свинець або нікель). За останні роки в ЄС було виконано чималу роботу з визначення критеріїв так званих «зелених» закупівель та експлуатаційних вимог для використання організаціями, політика закупівель яких включає екологічні цілі.

Охорона довкілля та інші завдання

Інша особливість закупівель ЄС, на яку варто звернути увагу, полягає в їх використанні як інструмента для реалізації екологічних та інших завдань (зокрема охорони праці).

Оскільки основна мета регулювання державних закупівель полягає в тому, щоб зобов'язати державний сектор поводитися в комерційно ефективний спосіб, то може виникнути питання щодо того, чи додаткові завдання не спотворюватимуть первинної мети. Певною мірою можна стверджувати, що «зелені» закупівлі насправді мають ключове значення. Прецедентне право Європейського Союзу має безліч прикладів, коли вимоги до систем екологічного управління (наприклад, про викиди, енергозберігання та вторинну переробку) були включені до основних вимог у процесі державних закупівель.

Після нещодавньої реформи 2014 року до директив внесено уточнення про те, як екологічні вимоги можуть бути включені до процесу закупівель не тільки на етапі вибору постачальника, але й на інших його етапах (у тому числі попередньої кваліфікації, технічних специфікацій і договірних вимог до продуктивності), не створюючи перешкод для торгівлі.

Включення екологічних цілей у процес державних закупівель перебуває на різних стадіях розвитку в Європі. Крім того, було розпочато декілька ініціатив на рівні ЄС та окремих країн-членів ЄС, щоб допомогти закупівельникам розробити відповідні тендерні умови і підходи.

Електронні закупівлі

Унаслідок реформи торік до директив ЄС про державні закупівлі включено більше положень щодо регулювання електронних закупівель (або «е-закупівель»). Це варто уваги, зважаючи на тенденцію в Україні в останні роки: електронні закупівлі розглядають як окрему процедуру закупівель, яка потребує інших правил та передбачає передусім застосування електронного реверсивного аукціону, де найнижча ціна є єдиним критерієм для вибору постачальника.

Положення директив передбачають ширше застосування електронних комунікацій,

включаючи використання електронних засобів та пристроїв у системі державних закупівель у цілому. Ідея полягає в тому, щоб замінити традиційні «паперові» процеси на опрацювання стандартних електронних документів, обмін електронними повідомленнями та підтримку автоматизованої обробки документів на кожному етапі процесу державних закупівель.

Це вимагає запровадження електронних еквівалентів для, наприклад, підписаних заявок, запечатаних конвертів та безпечного зберігання таких конвертів до відкриття пропозицій. Переваги електронних закупівель можна повною мірою оцінити тільки за умови, що система базується на програмних рішеннях, які є загально використовуваними та легко доступними для всіх зацікавлених учасників. Тому ці аспекти мають пріоритет у директивах ЄС.

Використання системи електронних закупівель має багато переваг з погляду економії часу, витрат і сприяння доступу для бізнесу, за умови, звичайно, що сама система є відкритою. Крім того, е-закупівлі можуть допомогти контролювати ефективність виконання вимог законодавства і таким чином посприяти підвищенню прозорості та зниженню корупції. Адже електронна комунікація забезпечує простежуваність діалогу між учасниками тендерного процесу, а використання електронних заявок та шаблонів гарантує їх своєчасну подачу та наявність всієї необхідної інформації з метою запобігання зловживанням і внесенню незаконних змін у заявки.

Упровадження електронних закупівель сприятиме ефективнішому управлінню державними фінансами через координування діяльності у сфері державних закупівель з бюджетною системою. Наприклад, автоматизовані системи допоможуть запобігти виникненню ситуації, коли закупівлі планують або проводять без відповідних бюджетних асигнувань.

Крім системи управління державними фінансами, система електронних закупівель також може бути прив'язана до державних реєстрів. Це надасть доступ до різної стандартної документації про заявника і таким чином позбавить його необхідності збирання такої документації для кожного тендера.

Розвиток системи електронних закупівель перебуває на різних етапах у різних країнах ЄС. Але в найближчі роки прогрес прискориться, оскільки нові директиви вимагають обов'язкового впровадження електронних закупівель, починаючи з 2018 року.

Висновки

Не існує простих відповідей на складні питання в області державних закупівель, жодна країна не може сказати, що розробила ідеальне комплексне рішення, яке можна легко адаптувати в інших країнах. Однак, продовжуючи розвивати свою систему державних закупівель відповідно до стандартів ЄС, Україні корисно вивчити та проаналізувати досвід різних країн Європейського Союзу, особливо щодо складніших аспектів державних закупівель.

Подальша модернізація української системи державних закупівель продовжить сприяти:

поліпшенню умов для конкуренції на ринку державних контрактів в Україні унаслідок підвищення рівня законності, відкритості та неупередженості процесу укладення контрактів;

забезпеченню кращого співвідношення ціни і якості при виборі переможця тендера на державні закупівлі;

скороченню випадків корупції при укладенні державних контрактів шляхом посилення цілісності та підзвітності з боку українських органів державної влади;

удосконаленню системи управління державними фінансами, у тому числі зменшенню надмірного витрачання державних коштів;

зміцненню позиції України на міжнародному рівні завдяки виконанню міжнародних зобов'язань (особливо перед міжнародними торговими партнерами, донорами та кредиторами);

підвищенню конкурентоспроможності і експортного потенціалу українських підприємств на міжнародних ринках унаслідок відповідності сучасним вимогам щодо державних контрактів.

P.S. На даний час автор працює в Проекті «Гармонізація системи державних закупівель в Україні зі стандартами ЄС», який фінансує ЄС: **Висловлена у статті думка є поглядом автора і в жодному випадку не може тлумачитися як офіційна позиція EUROPEAID, Європейського Союзу чи будь-якої засновницької чи суміжної організації ЄС.**
