

Розвиток законодавства України щодо державних закупівель: від еволюції до революції

Важливою характеристикою розвитку нормативної бази будь-якої країни, економіка якої орієнтується на принципи вільного ринку, є стан правових норм організації державних закупівель товарів, робіт і послуг. Обов'язковість існування таких норм визначається тим, що при державних закупівлях власником коштів платників податків (суспільних коштів) є держава, а розпоряджатися ними, використовувати їх повинні чиновники. Принципи прозорості та недискримінації, на яких базуються міжнародні правила закупівель, у національному законодавстві повинні відображатися абсолютно точно, інакше з ефективного механізму вибору тендер може перетворитися власне у злякисний інструмент корупції.

Як відомо, конкурентна боротьба за державні контракти повинна призводити до зниження закупівельних цін і підвищення якості товарів, робіт і послуг. Державні закупівлі за всіх часів також були важливим стимулом розвитку національного виробництва. Проте переваг конкуренції і стимулювання розвитку національного виробництва можливо досягти тільки при вдосконаленій організації процесу державних закупівель на відповідній законодавчій базі. З метою ефективного розміщення державних замовлень і обмеження корупції для повоєнної Німеччини американські економісти, що надавали допомогу Європі в межах Плану Маршалла, був розроблений механізм тендерних закупівель, який як першоджерело згодом склав основу типового закону Комісії ООН з права міжнародної торгівлі про громадські закупівлі (Uncitral Model Law on Procurement of Goods, Construction and Services), а також правил проведення тендерів міжнародних фінансових організацій (група Світового банку, регіональні банки розвитку тощо) та згодом національних законодавств про державні закупівлі. Загалом тендерні закони консервативні. Наприклад, остання, третя, редакція Правил проведення тендерів Світового банку існувала більше десяти років, аналогічно нові директиви ЄС щодо державних закупівель змінюють попередні після більш ніж 12 років їх дії. Натомість в Україні бурхливі процеси в суспільстві та економіці рефлектували і на кількість та обсяг змін у законодавстві щодо державних закупівель. Наприклад, у 2010-му та в 2014 роках було прийнято нові редакції Закону України «Про здійснення державних закупівель», а протягом 2010–2013 років більше 30 раз було внесено зміни до цього закону, що є доволі революційним і водночас показовим.

А починалося все доволі еволюційно. Поняття «державні замовлення» — прообраз сучасного поняття «державні закупівлі» — було вперше застосоване Держпланом СРСР при розробці проекту народногосподарського плану на 1988 рік. Головною причиною введення цієї економічної категорії було те, що вже із середини 80-х Держплан СРСР в масштабах всього народногосподарського комплексу не міг повністю збалансувати

планові завдання з виробництва продукції з наявними матеріальними ресурсами. Він змушений був здійснити кроки в напрямку децентралізації цієї системи. Нездатність забезпечення народногосподарських планів зумовила появу державного замовлення, яке охопило 70-80 % загальних обсягів народного господарства і повністю було забезпечене необхідними матеріальними ресурсами. Продукцію, виготовлену понад державне замовлення, виробнику було дозволено реалізовувати самостійно.

Така ідеологія щодо державного замовлення існувала до 1993 року, включаючи перші роки незалежності України. Починаючи з 1993 року, коли система централізованого планування виробництва і розподілу матеріально-технічних ресурсів поступово втрачала свою дієздатність і адекватність економічній ситуації, трансформувались і функції державного замовлення, усе більше втрачаючи властивості абсолютного державного регулятора у виробництві продукції та послуг і перетворюючись на засіб забезпечення потреб у матеріальних ресурсах, продукції, роботах і послугах споживачів, що утримуються за рахунок державного бюджету. Це було відображено в щорічних указах Президента України до 1996 року про державний контракт та державне замовлення на відповідний рік, якими затверджувався обсяг замовленої державою продукції та обсяг необхідного для цього фінансування, а вибір виконавців здійснювався на власний розсуд керівників державних організацій-замовників.

Разом із цим у 1993 році була прийнята перша «тендерна» Постанова Кабінету Міністрів України № 871 «Про затвердження Положення про порядок організації та проведення міжнародних торгів (тендерів) в Україні», що дала початок проведенню міжнародних торгів і впорядковувала проведення на конкурсних засадах закупівель за бюджетні кошти товарів (робіт, послуг) виключно іноземного походження для задоволення державних потреб України. Під час дії згаданої постанови (21.10.93–28.06.97) Міністерством зовнішніх економічних зв'язків і торгівлі України було зареєстровано 66 міжнародних тендерів.

Особливе місце в регулюванні закупівель того часу займала Постанова Кабінету Міністрів України від 4 червня 1996 р. № 611 «Про заборону використання бюджетних коштів для закупівлі товарів (робіт, послуг) іноземного походження». Згідно із цією постановою, закупівлю продукції іноземного походження дозволялося здійснювати лише за рішенням Прем'єр-міністра України за поданням спеціально створеної Міжвідомчої комісії з питань регулювання закупівлі товарів (робіт, послуг) для державних потреб, роботу якої забезпечувало Мінекономіки. Тільки після такого рішення, прийнятого на основі висновків про відсутність в Україні виробництва певної продукції, дозволялося здійснювати закупівлю продукції іноземного походження.

Таким чином, складалася парадоксальна ситуація щодо задоволення державних потреб: стосовно іноземних постачальників/підрядників держава дотримувалася загальноприйнятої в міжнародній торгівлі практики розміщення державних контрактів виключно на конкурсних засадах, а всередині країни державні контракти розміщувались не на конкурентних засадах.

Істотні зміни в принципових підходах до формування і розміщення державних замовлень

були зафіксовані в Законі України від 22 грудня 1995 року № 493/95-ВР «Про поставки продукції для державних потреб», а також у відповідній Постанові Кабінету Міністрів України від 29.02.96 року № 266 «Про Порядок формування та розміщення державних замовлень на поставку продукції для державних потреб і контролю за їх виконанням».

У цьому законі вперше на рівні Закону встановлено, що відбір виконавців державного замовлення має здійснюватися на конкурентних засадах. Також у ньому визначено загальний перелік державних замовників (міністерства, центральні органи державної виконавчої влади, уряд АРК, обласні, Київська та Севастопольська міські державні адміністрації, інші державні організації та установи, уповноважені урядом України укладати державні контракти), гарантом щодо зобов'язань яких є Кабінет Міністрів України; вказано функції замовників і їхні обов'язки, джерела фінансування замовлень і порядок контролю за їх використанням.

Разом із цим, зважаючи на зміни, що сталися в економіці України, а також в її зовнішньоекономічній політиці, виникла необхідність внесення відповідних змін в організацію роботи щодо здійснення державних закупівель, насамперед щодо законодавчих та нормативних актів із цього питання.

Передусім це було пов'язано з намірами України інтегруватись у європейські економічні структури та приєднатись до Світової організації торгівлі. Головною умовою для реалізації цих намірів є приведення внутрішнього законодавства України, зокрема і з питань державних закупівель, у відповідність з нормами і правилами міжнародної торгівлі.

Вимоги Світової організації торгівлі (СОТ) щодо зазначеного питання визначені в Угоді про державні закупівлі СОТ, прийнятій у квітні 1994 року (у 2013 році прийнято нову редакцію цієї Угоди). Ця Угода поширюється на будь-який закон, норму чи практику, що стосуються державних закупівель, включаючи державні закупівлі у сфері послуг.

Обов'язковими умовами Угоди про державні закупівлі є недискримінація постачальників незалежно від їхнього статусу та державної належності і здійснення закупівель на конкурсній основі із забезпеченням прозорості на кожній стадії торгів (тендерів) на вимогу будь-якого з постачальників.

У рамках реалізації заходів щодо вдосконалення системи державних закупівель в Україні та з метою наближення чинних процедур розміщення державних замовлень до передбачених вимогами системи Світової організації торгівлі у 1997–1998 роках були прийняті постанови Кабінету Міністрів України від 28.06.1997 р. № 694 «Про організацію та проведення торгів (тендерів) у сфері державних закупівель товарів (робіт, послуг)», від 24.09.1997 р. № 1058 «Про створення єдиної системи закупівель товарів (робіт, послуг) за рахунок коштів державного бюджету та іноземних кредитів, що залучаються під гарантії Кабінету Міністрів України», та від 01.09.1998 р. № 1369 «Про здійснення торгів (тендерів) у будівництві».

Перша зі згаданих вище постанов визначала загальні процедури здійснення державних закупівель центральними та місцевими органами виконавчої влади, підприємствами,

установами, організаціями незалежно від форми власності, що здійснюють закупівлю продукції за рахунок коштів державного бюджету або іноземних кредитів, що залучаються під гарантію Кабінету Міністрів України, шляхом проведення торгів (тендерів). Друга постанова була прийнята з метою впорядкування закупівель товарів, робіт, послуг вартістю від 10 000 гривень шляхом встановлення єдиного для державних структур всіх рівнів порядку здійснення закупівель та контролю за використанням коштів державного бюджету. Нарешті, третя постанова була розроблена з метою врахування особливостей, що виникають під час проведення торгів (тендерів) на укладення контрактів підрядних робіт і послуг у галузі будівництва.

Правила здійснення державних закупівель, визначені згаданими постановами, в основному відповідали міжнародним вимогам, однак були недостатніми для належного регулювання державних закупівель, у зв'язку із чим об'єктивно виникла необхідність закріплення цього регулювання на законодавчому рівні.

Зокрема рівень дотримання вимог цих постанов з моменту їх прийняття був достатньо низьким. Приміром, у процесі здійснення заходів щодо інформатизації державних структур протягом 1998–1999 років лише 2 % державних закупівель товарів, робіт і послуг було проведено згідно з вимогами Постанови Кабінету Міністрів України від 28.06.1997 р. № 694 «Про організацію та проведення торгів (тендерів) у сфері державних закупівель товарів (робіт, послуг)». Крім того, деякі державні структури та обласні державні адміністрації розробили та прийняли «свої» положення про проведення конкурсів.

Усі ці відомчі положення мали спільну рису: контроль за конкурсами, проведеними у відомстві, належить керівництву цього відомства. У результаті цього такі положення мали численні процедурні похибки, що в ряді випадків цілком нівелювало тендерні принципи.

З огляду на це та зважаючи на актуальність вирішення питання про приєднання України до СОТ й інтеграцію в ЄС, а також підвищення ефективності використання коштів, що витрачаються на державні закупівлі, Міністерством економіки за участі інших міністерств та відомств у 1999 році був підготовлений проект закону України «Про закупівлю товарів, робіт та послуг за державні кошти», спрямований на врегулювання процедур закупівель шляхом створення широкого конкурентного середовища на ринку державних закупівель, забезпечення прозорості та справедливості конкурсних процедур. На той час законопроект був розроблений на основі згаданого Типового Закону комісії ООН з права міжнародної торгівлі та з урахуванням відповідних законів, прийнятих у постсоціалістичних країнах (насамперед у Польщі).

Цей перший «тендерний» закон був прийнятий 22 лютого 2000 року (далі закони про закупівлю різних років — Закон).

Цікавим досвідом того періоду було законодавче закріплення можливості надання переваг вітчизняним товаровиробникам при здійсненні закупівель. Більш детально на той час регламентувала порядок застосування умов захисту Постанова Кабінету Міністрів України від 11 квітня 2001 р. № 347 «Про затвердження Порядку захисту вітчизняного

ринку у разі закупівлі товарів, робіт і послуг за державні кошти», якою, зокрема, було затверджено перелік товарів, робіт і послуг, при закупівлі яких тендери проводяться лише із залученням вітчизняних виробників. При закупівлі інших товарів, робіт і послуг, не включених до зазначеного переліку, замовник застосовував преференційну поправку в розмірі десяти відсотків до ціни тендерної пропозиції, поданої вітчизняним виробником.

З метою впровадження механізму міжвідомчої координації для підвищення ефективності закупівлі та її загального економічного ефекту Постановою Кабінету Міністрів України від 10.10.2001 р. № 1312 було затверджено Порядок міжвідомчої координації державних закупівель. Цей порядок був певним аналогом практики рамкових закупівель, що успішно і тривалий час функціонує в Європейському Союзі. Зокрема у Великобританії, Швеції процедуру закупівлі низки товарів і послуг (згідно з відповідним переліком) проводить відповідна уповноважена установа з урахуванням потреб інших бюджетних установ, що дає змогу отримати ефект масштабу закупівлі (економія часу та коштів платників податків). На жаль, до 2013 року такий механізм в Україні не застосовувався.

Також протягом 2000–2002 років були прийняті необхідні накази Мінекономіки стосовно докладного врегулювання окремих положень Закону (форми документів, порядок розгляду скарг, порядок створення та діяльності тендерних комітетів, порядок проведення контролю за додержанням законодавства щодо державних закупівель), низка з яких збереглася і в нинішній нормативній базі.

У січні 2003 року Парламент підтримав урядовий варіант змін до Закону, напрацьованих у результаті аналізу практики його застосування. Насамперед слід відзначити встановлення нижньої вартісної межі (чого раніше не було), також було виключено норму обмеження учасників торгів виключно вітчизняними виробниками та встановлено правила визначення предмета закупівлі.

Еволюційність вдосконалення законодавства є ознакою цивілізованої розбудови системи державних закупівель аналогічно тому, як це відбувається в розвинених країнах, передусім у країнах Європейського Союзу.

Однак 21 грудня 2004 року відбулася свого роду революційна знакова подія, яка згодом викликала значний резонанс. Народними депутатами України з третьої спроби шляхом подолання чергового вето Президента України було прийнято Закон України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України». Дуже загальна назва цього Закону ховала доволі цікаві та значні зміни до Закону України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти».

Доволі цікавою також була навіть історія прийняття вказаного Закону. Спочатку законопроект за № 4147, що був поданий урядом, містив лише пропозиції щодо внесення змін до Закону України «Про податок на додану вартість» і Митного кодексу України та стосувався особливостей митно-податкових операцій з культурними цінностями, тобто нічого спільного з держзакупівлями. Природно, що такого роду законопроект опрацьовувався у профільному парламентському Комітеті з питань фінансів і банківської

діяльності. Однак у червні 2004 року за кілька днів до розгляду законопроекту в другому читанні до нього Комітетом були схвалені доповнення в частині внесення змін до Закону України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» і Кодексу про адміністративні правопорушення (щодо відповідальності за порушення при здійсненні державних закупівель). Власне саме зміст цих доповнень до Закону України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» став причиною застосування Президентом України тричі права вето до цього законопроекту.

Проте в розпал Помаранчевої революції обґрунтоване вето Президента було подолано, що зумовило початок ери Тендерної палати України. Початок цієї ери — початок 2005 року, який вразив несподіваними неприємними законодавчими новаціями, якими стали:

обов'язкове розміщення замовниками інформації щодо державних закупівель лише на єдиній приватній інформаційній системі (сайті), що згодом призвело до комерційної монополізації на розміщення інформації, яка належить державі;

зменшення вартісної межі застосування процедури спрощеного тендера — запиту цінових пропозицій;

встановлення обов'язковості плати за тендерну документацію, внесення тендерного забезпечення та забезпечення виконання договору, що згодом призвело як до неодноразових зривів торгів через небажання суб'єктів господарювання викладати гроші третім особам просто за участь у тендері без гарантування чесного його проведення, так і подекуди до відчутного подорожчання тендерних пропозицій, у ціну яких суб'єкти господарювання закладають усі понесені витрати. Аналогічною була ситуація з покладенням на переможця торгів витрат, пов'язаних з укладенням договору.

Відразу після набуття чинності цими змінами до Закону України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» (з 11 січня 2005 року) до Кабінету Міністрів України, Мінекономіки почало надходити багато звернень стурбованих замовників і учасників торгів, унаслідок чого новосформований уряд оголосив виправлення ситуації у сфері державних закупівель одним зі своїх пріоритетів.

Робота уряду із цього приводу тривала у двох напрямках:

обмеження проведення торгів до внесення змін до Закону України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» через механізм їх погодження з Прем'єр-міністром України;

розробка нової редакції Закону України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти», яка повинна відповідати державним інтересам (створення конкурентного середовища у цій сфері, досягнення оптимального і раціонального

використання державних коштів та забезпечення прозорості процедур державних закупівель) та міжнародному законодавству, насамперед Світової організації торгівлі та Європейського Союзу.

Кабінет Міністрів України 26 березня 2005 року ухвалив і 4 квітня 2005 року передав до Верховної Ради України проект закону «Про внесення змін до Закону України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» як невідкладний для прийняття (зареєстрований за № 3519-1).

Крім усунення значних складнощів практичного застосування окремих норм Закону України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» у редакції Закону, який було прийнято 21.12.2004 р., та гармонізації з міжнародними правилами закупівель у зв'язку із завершенням вступу у Світову організацію торгівлі та активізацією співробітництва з ЄС, законопроект передбачав поширення тендерних засад на закупівлі, що здійснюються державними і казенними підприємствами для підвищення ефективності їх діяльності, а також фокусування на ціновому параметрі вибору найкращої пропозиції, у тому числі через біржові ринки.

Однак 16 червня 2005 року Верховною Радою України був прийнятий зовсім інший варіант змін до Закону України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» на основі депутатського законопроекту № 3519, до якого Мінекономіки, Мінфіном, Мін'юстом і СБУ були сформульовані застереження, зокрема щодо:

оприлюднення інформації щодо державних закупівель у приватних інформаційних системах, які повинні відповідати спеціальним вимогам та водночас самостійно визначати умови розміщення замовниками такої інформації, а недотримання таких умов замовниками є підставою для відміни торгів, що в підсумку могло спричинити збільшення витрат замовників та учасників торгів при проведенні державних закупівель, ускладнити або навіть унеможливити їх проведення;

окремих аспектів повноважень, статусу, діяльності Тендерної палати України як сукупності громадських організацій у частині перебирання на себе функцій державного управління за відсутності реального суспільного і державного контролю за її діяльністю;

недоцільності обов'язкового підвищення кваліфікації всіх членів тендерного комітету кожних два роки;

покладення всіх можливих витрат участі в тендері та з нотаріального посвідчення договору на учасника-переможця процедури закупівлі. При цьому будь-які витрати, понесені учасником у процесі здійснення процедури закупівлі та укладення договору про закупівлю, згідно зі змінами до частини другої статті 36, не підлягають

оскарженню.

Ці останні зміни до Закону України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» набули чинності із серпня 2005 року.

Отже, у 2005 році настав період тендерної смуги, який тривав до березня 2008 року. Характерними рисами цього періоду були:

повне ігнорування парламентом законодавчих ініціатив і спроб уряду врегулювати ситуацію, натомість за два роки було прийнято сім законів про внесення змін до Закону лише авторства народних депутатів;

монополізація обов'язкового оприлюднення інформації про закупівлі на приватному веб-сайті замість державного інформаційного ресурсу;

абсолютна регуляторна роль Тендерної палати (згодом і спеціального «дочірнього» утворення під назвою Міжвідомча комісія) і концентрація сумнівних схем навколо (обов'язкові консультаційні послуги через певні фірми та оплата роялті, оскарження торгів, «чорний список» учасників торгів, обов'язкова передплата бюлетеня Тендерної палати для участі в торгах, нотаріальне завірення договорів про закупівлю, оформлення псевдопоруки як обов'язкового виду тендерного забезпечення, корупційні погодження процедури закупівлі в одного учасника). За оцінками СБУ, яка згодом довго розслідувала діяльність Тендерної палати та її пов'язаних структур, державі було завдано збитків на близько 500 млн доларів США.

Звичайно, такий клубок проблем, який вбивав у замовників та учасників будь-яке бажання проводити торги і брати в них участь, призвів до безпрецедентного способу вирішення — скасування чинного на той час Закону про закупівлі взагалі, що трапилося в березні 2008 року.

З кінця березня 2008-го по серпень 2010 року державні закупівлі в Україні регулювалися тимчасовим положенням, затвердженим Кабінетом Міністрів України, яке змістовно було положеннями Закону, що діяли до початку 2005 року.

У 2010 році після тривалої роботи було прийнято нову редакція Закону про державні закупівлі, яка в цілому базувалася на редакції 2003–2004 років, за винятком двох положень — нового, докладного описаного в самому Законі, механізму розгляду скарг через Антимонопольний комітет України як орган розгляду скарг (раніше скарги розглядало переважно Мінекономіки) та доволі обмеженого переліку винятків. У контексті послідовного розвитку законодавчого регулювання державних закупівель слід виділити прийняття в 2011 році Закону України «Про особливості здійснення закупівель в окремих сферах господарської діяльності», який аналогічно правовому підходу ЄС (Директива 17, 2004) встановив певні більш гнучкі правила здійснення закупівель для підприємств-

монополістів у суспільно важливих сферах діяльності (енерго-, водо-, тепlopостачання, муніципальний транспорт тощо), а також урядові зміни до Закону, які запровадили законодавчі можливості для здійснення закупівель із застосуванням успішно апробованого в ЄС механізму рамкових угод.

Разом із цим період 2010–2014 років теж був характерною вже традиційною для сфери державних закупівель України стабільною нестабільністю, що мав такі риси:

доволі часті зміни в Законі про закупівлі [**35 змін за неповних чотири роки (переважно депутатські законопроекти, лише декілька урядових)**];

зміни вносилися «**сторонніми**» законами та стосувалися переважно нових винятків з Закону («роботи з знесення незаконних забудов...», «послуги з нормування та стандартизації в будівництві»);

законопроекти **суттєво** коригувалися між першим і другим читанням — сумнівно з точки зору регламенту, не враховувалися висновки фахової експертизи;

надмірна кількість винятків у Законі «Про здійснення державних закупівель» — **43 винятки станом на березень 2014 року**;

неясність щодо необхідності застосування Закону державними і комунальними підприємствами;

непрацюючий новий розділ щодо реверсивного електронного аукціону.

Для усунення вказаних негативів, особливо щодо неймовірної кількості винятків, новий уряд на початку 2014 року підготував і провів у Парламенті нову редакцію Закону про закупівлі, яка схвально було сприйнята як учасниками системи держзакупівель (це насамперед замовники, учасники торгів, громадянські активісти), так і міжнародними партнерами України, залежність від підтримки яких наразі є визначальною для нашої країни. Новий Закон у цілому усунув попередні проблемні питання і є кроком уперед щодо наближення до стандартів ЄС, що підтверджується значним зменшенням кількості винятків (із 43 до 15), модернізацією переговорної процедури з обмеженням випадків її застосування і появою конкурентного формату її проведення, скасуванням обов'язковості е-аукціонів як окремої процедури закупівлі, запровадженням правил визначення замовників аналогічно зі стандартами ЄС, спрощенням і певним прискоренням процедур закупівель.

Разом із цим розвиток подвій у 2014 році та на початку 2015-го дозволяє припустити, що найближчими урядовими законодавчими ініціативами щодо державних закупівель будуть

такі, що стосуватимуться:

більш широкого запровадження електронних закупівель (дійсно, існує потреба в модернізації правового регулювання е-закупівель та застереження їх правильного застосування згідно з правилами ЄС; відповідні наміри також передбачені в Коаліційній Угоді — «п. 2.7.2. Запровадження системи електронних державних закупівель у відповідності до зобов'язань України, визначених Угодою про Асоціацію з ЄС»);

спрощення практичного застосування окремих положень Закону [зокрема, уточнення поняття «замовник» (стаття 1), скасування необхідності письмового підтвердження оприлюднення інформації про закупівлі (частина 1 статті 10), спрощення підтвердження відсутності підстав для відмови в участі в торгах (стаття 17), перегляд вартісних меж)].

У будь-якому випадку залишається сподіватися, що будь-які зміни до законодавства про державні закупівлі будуть доступними для попереднього аналізу і обговорення та будуть узгоджуватися із зобов'язаннями України згідно з Угодою про асоціацію з Європейським Союзом, інтеграція з яким є магістральним напрямом розвитку нашої держави.