

УДК 346.52

DOI <https://doi.org/10.24144/2788-6018.2023.04.34>

ПУБЛІЧНІ ЗАКУПІВЛІ В СИСТЕМІ ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВИХ ВІДНОСИН

Швидка Т.І.,

*докторка юридичних наук, доцентка,
доцентка кафедри господарського права
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого, адвокат
ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6152-2705>
e-mail: Raketa7770@gmail.com*

Швидка Т.І. Публічні закупівлі в системі господарсько-правових відносин.

Стаття присвячена розгляду питання розмежування господарсько-правового аспекту регулювання публічних закупівель та адміністративно-правового. Доведено, що інститут публічних закупівель виступає об'єктом регулювання одночасно господарського й адміністративного права. Акцентовано, що у цій сфері виникають відносини у зв'язку з придбанням товарів, робіт і послуг для задоволення потреб держави, територіальних громад й об'єднаних територіальних громад. Наголошено, що, незважаючи на важливість, сфера публічних закупівель – це також арена для вчинення конкурентних правопорушень у виді антиконкурентних узгоджених дій.

Проаналізовано, що відносини, що виникають у сфері публічних закупівель, можна поділити на певні групи, а саме відносини з приводу регулювання, організації й порядку проведення торгів, вирішення спорів, оскарження рішень чи бездіяльності суб'єкта владних повноважень до виникнення договірних правовідносин між організатором і переможцем тендеру, які підпадають під юрисдикцію адміністративних судів. Проте відносини з приводу укладання та оскарження договорів про закупівлю між замовником і переможцем, які є рівноправними суб'єктами та укладають між собою договори, що мають господарсько-правову природу, тобто ті, що мають місце після укладення договору, підпадають уже під юрисдикцію господарських судів.

Також у статті проаналізовано питання відповідальності за правопорушення у сфері закупівель. Спотворення результатів конкурсів, торгів, аукціонів, тендерів – один із найпоширеніших видів порушень у сфері публічних закупівель, за яке передбачена господарсько-правова відповідальність. Дане правопорушення кваліфікується за п. 4 ч. 2 ст. 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції», бо порушуються не лише умови конкуренції при виборі переможця закупівлі, а й базові принципи, передбачені Законом України «Про публічні закупівлі». Господарсько-правову відповідальність за даний вид

порушення несуть усі суб'єкти господарювання, які брали участь у даній змові. Закон передбачає накладення штрафу на учасників антиконкурентних узгоджених дій.

Проте, у при здійсненні публічних закупівель, може мати місце і адміністративна та навіть кримінальна відповідальність, яку несуть службові (посадові) особи, уповноважена особа замовника, керівники замовників. У статті 164¹⁴ КУпАП надається перелік правопорушень законодавства про здійснення закупівлі товарів, робіт, послуг за державні кошти. Щодо правопорушень, які безпосередньо стосуються проведення процедур закупівель, то чинному Кримінальному кодексу України таких норм нема. Проте правопорушення можуть містити ознаки злочину, передбаченого ст. 364 КК України «Зловживання владою або службовим становищем», тобто стосуватися таких осіб, як голова або члени тендерного комітету.

Ключові слова: публічні закупівлі, тендер, тендерна пропозиція, відповідальність, господарсько-правовий інститут

Shvydka T. Public procurement in the system of economic and legal relations.

The article is devoted to the consideration of the issue of distinguishing between the economic and legal aspects of the regulation of public procurement and administrative and legal. It is proved that the institution of public procurement is the object of regulation of economic and administrative law at the same time. It is emphasized that relations arise in this area in connection with the acquisition of goods, works and services to meet the needs of the state, territorial communities and united territorial communities. It is noted that, despite its importance, the field of public procurement is also an arena for the commission of competitive offenses in the form of anti-competitive concerted actions.

It is analyzed that the relations arising in the field of public procurement can be divided into certain groups, namely, relations regarding the regulation, organization and procedure for conducting tenders, resolving disputes, appealing against decisions or inaction of the subject of authority to the

emergence of contractual legal relations between the organizer and the winner of the tender, subject to the jurisdiction of the administrative courts. However, relations for the conclusion and appeal of procurement contracts between the customer and the winner, which are equal entities and conclude contracts between themselves that are of an economic and legal nature, that is, taking place after the conclusion of the contract, already fall under the jurisdiction of economic courts.

The article also analyzes the issues of responsibility for offenses in the field of procurement. Distortion of the results of competitions, auctions, tenders is one of the most common types of violations in the field of public procurement, for which economic and legal liability is provided. This offense qualifies under paragraph 4 of part 2 of Art. 6 of the Law of Ukraine «On the Protection of Economic Competition», because not only the conditions of competition are violated when choosing the winner of the procurement, but also the basic principles provided for by the Law of Ukraine «On Public Procurement». Economic and legal responsibility for this type of violation is borne by all business entities that participated in this conspiracy. The law provides for the imposition of a fine on participants in anticompetitive concerted actions.

However, in the course of public procurement, there may be administrative and even criminal liability borne by official (officials), an authorized person of the customer, and managers of customers. Article 164-14 of the Code of Administrative Offenses provides a list of violations of the legislation on the procurement of goods, works, services for public funds. As for offenses directly related to the conduct of procurement procedures, there are no such norms in the current Criminal Code of Ukraine. However, offenses may contain signs of a crime under Art. 364 of the Criminal Code of Ukraine «Abuse of power or official position», that is, to refer to such persons as the chairman or members of the tender committee.

Key words: public procurement, tender, tender offer, responsibility, economic and legal institution.

Постановка проблеми. Дана публікація присвячена висвітленню господарсько-правового аспекту інституту публічних закупівель. Розглядаючи окреслене питання, передусім необхідно виокремити основні його ознаки: дотримання умов конкурентного відбору переможців тендеру і принципів рівності учасників договорів між замовником і переможцем тендеру, що має приватноправовий характер, а також недискримінації учасників закупівель. Крім того, при публічних закупівлях мають місце відносини, з одного боку, із господарського забезпечення, з другого – пов'язані із забезпеченням виробничої діяльності окремих підприємств у цілому, а отже, законодавцю важливо визначитися, чи забезпечення

конкурентності цих відносин є основним мотивом регулювання закупівель, чи на перший план виходить бюджетно-фінансова складова даного інституту.

Аналіз останніх досліджень і публікацій.

На даний час точаться дискусії стосовно того, до якої сфери – господарсько-правової чи адміністративної – належить врегулювання інституту публічних закупівель, до якої відповідальності і за які порушення мають притягатися винні. На господарсько-правовій природі публічних закупівель у своїх працях зосереджують увагу такі вчені, як О.П. Віхров, В.К. Малолітнева, Я.В. Петруненко, А.О. Олефір, О.Л. Юдицький, А.О. Сошніков та ін.

Мета статті. Ціллю даної статті є аналіз відносин, що складаються у процесі публічних закупівель, і виокремлення основних компонентів, які характеризують даний інститут як господарсько-правовий.

Виклад основного матеріалу. Господарсько-правовий інститут публічних закупівель являє собою систему правових норм, спираючись на які врегульовуються господарські відносини з приводу закупівлі товарів, виконання робіт, надання послуг за бюджетні кошти задля забезпечення потреб держави і задоволення її інтересів. Як нами вище було наголошено, у даному інституті поєднуються господарсько-правовий та адміністративний компоненти. Зрозуміло, що забезпечення держави, територіальних громад має відбуватися у спосіб, що сприяє ефективному витрачання державних (бюджетних) коштів для досягнення найкращого економічного результату за різними напрямками державної політики. Отже, метою проведення державних закупівель виступає задоволення інтересів держави, територіальних громад, ефективне витрачання бюджетних коштів. Додамо, що в даному випадку держава діє як особливий замовник, який є виразником публічних інтересів. Вказане дає нам підстави констатувати, що використання такого правового інструменту, як публічні закупівлі товарів, робіт і послуг дає державі право обрати суб'єктів господарювання, які виконуватимуть державне замовлення на найвигідніших умовах ринку, на засадах додержання умов конкурентності. Цього можна домогтися лише шляхом проведення конкурсу і неупередженого відбору переможця, спираючись на чесні методи конкурентної боротьби [4, с. 166]. Звісно, держава заінтересована у забезпеченні прозорого здійснення публічних закупівель, а досягти такого можна завдяки запровадженню чіткого механізму, подолання корупційної складової. Отже, важливу роль у даному інституті відіграють регулювання і контроль з боку державних органів.

У контексті сказаного не меншого значення набуває той факт, що господарські договори можуть укладатися в конкурентні й неконкурентні спосо-

би. Останні мають місце тоді, коли суб'єкти договору самостійно визначають контрагентів. Якщо ж мова йде про укладання договорів через процедуру публічних закупівель, на перший план висувається аспект конкурентного відбору переможця і дотримання ключових принципів публічних закупівель, закріплених у ст. 5 Закону України «Про публічні закупівлі» [2]. Крім того, пам'ятаючи про таку особливість проведення публічних закупівель, як витрачання на них державних коштів, важливою є поведінка їх учасників і замовників, яка має бути добросовісною і доброчесною.

Продовжуючи розгляд питання, наведемо думку Я.В. Петруненка стосовно ефективного використання державних (бюджетних) коштів. Так, науковець зауважує, що «воно одночасно є принципом бюджетної політики держави і бажаним економічним результатом, якого необхідно досягти у процесі виконання державного й місцевого бюджетів, а також проведення господарської діяльності суб'єктами господарювання» [5, с. 25]. Виходячи з вказаного, стає цілком зрозуміло, що для ефективного використання бюджетних коштів у процесі публічних закупівель необхідні регулювання й контроль із боку державних органів, однією з цілей яких є забезпечення прозорого й дієвого механізму здійснення процедури закупівель, тобто мають існувати надійні (чіткі й перевірені) механізми. До речі, одним із них визнається принцип запобігання корупції у цій сфері, задля дотримання якого й розроблена електронна система ProZorro, заснована на принципі «усі бачать все». Портал prozorro.gov.ua – відкритий ресурс, який пропонує доступ до всієї інформації з центральної бази даних про електронні тендерні торги.

Усе зазначене знайшло відображення в положеннях Закону України «Про публічні закупівлі», який передусім закріплює «правові та економічні засади здійснення закупівель товарів, робіт і послуг», а головними напрямками й цілями визнає «забезпечення прозорого механізму при здійсненні закупівель, дотримання принципів недискримінації учасників закупівель, подолання корупції, сприяння прозорості використання бюджетних коштів тощо» [2].

Проте реалії сьогодення доводять, що приписи згаданого Закону і засади добросовісної конкуренції порушуються. Передусім йдеться про нехтування принципу змагальності в тих випадках, коли суб'єкти господарювання вдаються до узгоджених дій, тобто у тому разі, якщо вони приймають рішення не самостійно, а координуючи свою поведінку. Такі дії суб'єктів господарювання під час публічних закупівель кваліфікуються за п. 4 ч. 2 ст. 6 ЗУ «Про захист економічної конкуренції» як «антиконкурентні узгоджені дії, що стосуються спотворення результатів торгів (тендерів)» [1]. Однак у чинно-

му законодавстві на цей час, на жаль, відсутнє тлумачення поняття «спотворення результатів торгів (тендерів)», через що органи Антимонопольного комітету України трактують його на власний розсуд.

Другим питанням, вирішення якого вкрай актуальне, визнається встановлення юрисдикційної належності спорів, що виникають при здійсненні публічних закупівель.

Якщо звернутися до позицій Верховного Суду з приводу юрисдикції спорів щодо публічних закупівель, зокрема, до постанов ВСУ по справі № 819/829/17 (К/9901/42669/18) 29 січня 2019 року і справі № 826/7230/15 від 10 травня 2016 року [7], можна констатувати, що Велика Палата вважає, «що орган виконавчої влади або місцевого самоврядування у відносинах щодо організації та порядку проведення торгів (тендеру) є суб'єктом владних повноважень, а отже, спори, які стосуються правовідносин між організатором і переможцем цього тендеру, що виникли до початку договірних, йдеться про оскарження рішень чи бездіяльності цих органів, належать до юрисдикції адміністративних судів. Так, згідно з приписами ст. 4 КАС України, адміністративна справа – переданий на вирішення адміністративного суду публічно-правовий спір, у якому хоча б одна зі сторін виконує публічно-владні управлінські функції, у тому числі на виконання делегованих повноважень, і який виник у зв'язку з виконанням або невиконанням такою стороною зазначених функцій. Відповідно до ст. 19 КАС України юрисдикція адміністративних судів поширюється на публічно-правові спори, зокрема, спори фізичних чи юридичних осіб із суб'єктом владних повноважень щодо оскарження його рішень (нормативно-правових актів чи правових актів індивідуальної дії), дій чи бездіяльності, де суб'єкт владних повноважень – це орган державної влади, орган місцевого самоврядування, їх посадова чи службова особа, інший суб'єкт при здійсненні ним владних управлінських функцій на підставі законодавства, у тому числі на виконання делегованих повноважень, або наданні адміністративних послуг (п. 7 ч. 1 ст. 4 цього Кодексу)» [3].

Отже, до адміністративної юрисдикції належать справи, які виникають зі спору в публічно-правових відносинах, що стосується цих відносин, коли один з його учасників є суб'єктом владних повноважень, здійснює владні управлінські функції, у цьому процесі або за його результатами владно впливає на фізичну чи юридичну особу й порушує їх права, свободи чи інтереси в межах публічно-правових відносин.

Проте, якщо спір між організатором конкурсу та його переможцем виникає після укладення договору і стосується правомірності рішення тендерного комітету, він підлягає розгляду в порядку

цивільного (господарського) судочинства, оскільки фактично зачіпає майнові інтереси переможця торгів.

До наведеного варто додати, що за законодавством замовники й учасники публічних закупівель – рівноправні суб'єкти й укладають між собою договори, що мають господарсько-правову природу.

Разом із тим визначальними ознаками приватноправових відносин є юридична рівність та майнова самостійність їх учасників, наявність майнового чи немайнового особистого інтересу суб'єкта. Спір матиме приватноправовий характер, якщо він зумовлений порушенням наявного приватного права, що підлягає захисту у спосіб, передбачений законодавством для сфери приватноправових відносин, навіть якщо до порушення приватного права призвели владні управлінські дії суб'єкта владних повноважень, певного суб'єкта.

У контексті наведеного зауважимо, що застосування ст. 19 КАС України й поширення юрисдикції адміністративних судів на всі спори, стороною яких є суб'єкт владних повноважень, є помилковим, оскільки під час вирішення питання про розмежування компетенції судів щодо розгляду адміністративних і господарських справ недостатньо послуговуватися виключно формальним критерієм, тобто визначати суб'єктний склад спірних правовідносин (участь у них суб'єкта владних повноважень), бо основною ознакою спору і запорукою його правильного вирішення є характер правовідносин, з яких він виник.

Отже, «під час встановлення предметної юрисдикції справ суди повинні виходити із суті права та/або інтересу, за захистом якого звернулася особа, заявлених вимог, характеру спірних правовідносин, змісту й юридичної природи обставин у справі». [7]

До того ж і Закон України «Про публічні закупівлі» закріплює, що договір про закупівлю є саме господарсько-правовим, який укладається між замовником та учасником за результатами проведення процедури та передбачає платне надання послуг, виконання робіт та придбання товарів [2]. Отже, відносини з організації та проведення процедури закупівлі мають господарсько-правову природу. Такої ж думки дотримується В.К. Малолітнева [8].

Отже, Інститут публічних закупівель тісно пов'язаний із іншими інститутами господарського права, такими, як інститут господарського договірної права, господарсько-правової відповідальності, державної допомоги та державного замовлення. З огляду на те, що відносини із приводу господарсько-правових договорів у сфері закупівель розглянуті вище, звернемося до взаємозв'язку з інститутом господарсько-правової відповідальності.

Як уже наголошувалося, сфера публічних і державних закупівель виступає, так би мовити, ареною для вчинення конкурентних правопорушень у виді антиконкурентних узгоджених дій, що призводять до спотворення результатів тендерів, торгів, аукціонів, конкурсів. Усе це, на жаль, слід визнати наслідком наявних прогалин у конкурентному законодавстві, через що, зокрема, підвищився рівень змов у цій сфері.

Отже, спотворення результатів конкурсів, торгів, аукціонів, тендерів – один із найпоширеніших видів порушень у сфері публічних закупівель, за яке передбачена господарсько-правова відповідальність. Дане правопорушення кваліфікується за п. 4 ч. 2 ст. 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції», бо порушуються не лише умови конкуренції при виборі переможця закупівлі, а й базові принципи, передбачені Законом України «Про публічні закупівлі». Зупинимося на цьому докладніше.

Розглянемо правову природу відносин між замовником і переможцем публічних закупівель. Передусім вкажемо, що між ними, як було доведено вище, складаються господарсько-правові відносини, а отже, спори, що виникають між ними у подальшому, матимуть господарську юрисдикцію, тобто в разі порушення умов договору про закупівлю настає господарсько-правова відповідальність. У контексті сказаного вбачається за доцільне додати, що господарська санкція – заходи впливу на правопорушника у сфері господарювання, внаслідок застосування яких для нього настають несприятливі економічні та (або) правові наслідки.

Так, за законодавством України за спотворення результатів тендерів, торгів, аукціонів такою санкцією є штраф, а підставою притягнення до такої відповідальності є склад правопорушення, яким згідно з п. 4 ч. 1 ст. 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції» визнаються антиконкурентні узгоджені дії, за які передбачений штраф у розмірі до 10% доходу суб'єкта господарювання за останній звітний рік [1].

У той же час за порушення законодавства про закупівлі, як уже наголошувалося, передбачена й адміністративна відповідальність, яку несуть службові (посадові) особи, уповноважена особа замовника, керівники замовників. Наприклад, за Кодексом України про адміністративні правопорушення існують такі види порушень, як порушення порядку визначення предмета закупівлі; несвоєчасне надання або ненадання замовником роз'яснень щодо змісту тендерної документації; складання тендерної документації не відповідно до вимог закону; перевищення визначених законом меж розміру забезпечення тендерної пропозиції, встановленого в тендерній документації; неоприлюднення або порушення строків оприлюднення інформації про закупівлі; неоприлюднення або

порушення порядку оприлюднення інформації про закупівлі, які закріплені у статті 164¹⁴ КУпАП [3].

Щодо правопорушень, які безпосередньо стосуються проведення процедур закупівель, то чинному Кримінальному кодексу України таких норм нема. Проте правопорушення можуть містити ознаки злочину, передбаченого ст. 364 КК України «Зловживання владою або службовим становищем», тобто стосуватися таких осіб, як голова або члени тендерного комітету [9].

З огляду на те, що у відповідній сфері основними учасниками є службові (посадові) особи з боку замовника, то і кваліфікацію їх дій здійснюють за статтями розділу «Службові злочини» або за статтями інших розділів Особливої частини КК України, що передбачають відповідальність спеціальних суб'єктів – службових осіб. Варто додати, що згідно зі ст. 364 КК України службовими є особи, які постійно, тимчасово чи за спеціальним повноваженням виконують функції представників влади чи місцевого самоврядування, а також обіймають постійно чи тимчасово в органах державної влади, органах місцевого самоврядування, на державних чи комунальних підприємствах, в установах чи організаціях посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських функцій, або виконують такі функції за спеціальним повноваженням, яким особа наділяється повноважним органом державної влади, органом місцевого самоврядування, центральним органом державного управління із спеціальним статусом, повноважним органом чи повноважною особою підприємства, установи, організації, судом або законом (п. 1 примітки до ст. 364 КК України) [9].

Як свідчить практика, дії учасників публічних закупівель кваліфікують за такими статтями (табл. 1):

Крім того, відповідальність таких осіб може наставати як для співучасників або самостійних суб'єктів, які не є посадовими особами (табл. 2):

Висновки.

1. Інститут публічних закупівель є поєднанням господарсько-правового та адміністративного судочинства. Проте важливим є розмежування даних аспектів, відповідно до суб'єктного складу учасників даних відносин.

2. Ключовим моментом при проведенні закупівель, із нашої точки зору, є дотримання умов конкуренції та конкурентного відбору переможця закупівель, усунення можливості перемоги «потрібних» учасників.

3. При проведенні закупівель важливим також є подолання корупції і спекуляцій. Нині існує необхідність розроблення механізму запобігання виникненню корупційних ризиків в електронній комерції сфери публічних закупівель.

4. Публічні закупівлі відображають, з одного боку, відносини господарського забезпечення, а з другого – відносини, пов'язані в цілому із забезпеченням виробничої діяльності окремих підприємств, а отже, законодавцю треба визначитися, що виступає основним мотивом регулювання закупівель – чи забезпечення конкурентності цих відносин, чи на перший план виходить бюджетно-фінансовий компонент. Із нашого погляду, конкурентний компонент усе ж таки має бути основним, а через це буде забезпечений і бюджетно-фінансовий.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Про захист економічної конкуренції: Закон України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2210-14#Text>.

Таблиця 1

Кваліфікація дій учасників публічних закупівель

№ статті КК України	Назва статті КК України	Суб'єкт злочину
Ст. 191	Заволодіння чужим майном шляхом зловживання	Посадова особа
Ст. 210	Нецільове використання бюджетних коштів, здійснення видатків бюджету чи надання кредитів із бюджету без встановлених бюджетних призначень або з їх перевищенням	Посадова особа
Ст. 364 КК України	Зловживання службовим становищем	Посадова особа
Ст. 366 КК України	Службове підроблення	Посадова особа
Ст. 368 КК України	Одержання неправомірної вигоди	Посадова особа

Таблиця 2

Ст. 190 КК України	Шахрайство	Загальний суб'єкт
Ст. 358 КК України	Підроблення документів	Загальний суб'єкт

2. Про публічні закупівлі: Закон України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19#Text>.
3. Кодекс України про адміністративні правопорушення. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/80731-10#Text>.
4. Швидка Т.І. Економічна конкуренція: сучасний стан законодавчого забезпечення та перспективи його модернізації: монографія. 2-видання, перепоблене і доповнене. Харків: Право. 2022. 400 с.
5. Петруненко Я.В. Проблеми забезпечення ефективного використання державних коштів: господарсько-правовий аспект: монографія. Київ: Видавництво Ліра-К, 2019. 416 с.
6. Постанова ВСУ по справі № 819/829/17 (К/9901/42669/18) 29 січня 2019 року. URL: <http://iplex.com.ua/doc.php?regnum=79834949&red=10000387a4f8cd4903dc33ea59efbd53c04841&d=5>].
7. Постанова ВСУ по справі № 826/7230/15 від 10 травня 2016 року. URL: <https://zakononline.com.ua/court-decisions/show/58434308>.
8. Малолітнева В.К. Господарсько-правовий інститут публічних закупівель: монографія. Київ. ДУ «Інститут економіко-правових досліджень імені В.К. Мамутова Національної академії наук України». 2020. 412 с.
9. Кримінальний кодекс України. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2341-14#Text>.