

СПІВВІДНОШЕННЯ КОНСТИТУЦІЙНОГО ТА ТЕНДЕРНОГО ЗАКОНОДАВСТВА

Зайцев Олексій Леонідович

к.ю.н., доцент завідувач кафедри,
цивільно-правових дисциплін

Харківського національного університету внутрішніх справ,

e-mail: zal2007zal@ukr.net

Ключові слова: конституція; конституційна реформа; тендер; закупівлі, дискримінація.

На початку формування національного права тендерні процедури використовувались лише при міжнародних закупівлях та регламентувались постановою КМ України «Про затвердження Положення про порядок організації та проведення міжнародних торгів (тендерів) в Україні» від 21 жовтня 1993 р. № 871. Відповідно до неї визначався порядок організації та проведення в Україні міжнародних торгів (тендерів) для іноземних, а також українських підприємств, установ і організацій. Але вже з 1997 р. процедура закупівель запроваджується на внутрішньому ринку України відповідно до постанови КМ України «Про організацію та проведення торгів (тендерів) у сфері державних закупівель товарів (робіт, послуг)» від 28 червня 1997 р. № 694. Цією постановою були закладені основні умови торгів, а саме:

По-перше, переказування коштів державного бюджету на оплату договорів, укладених з переможцями торгів (тендерів), здійснюється через органи Державного казначейства або уповноважені банки на підставі звіту про результати проведення торгів (тендерів) при закупівлі товарів (робіт, послуг);

По-друге, вартість закупівель повинна дорівнювати або перевищувати суму, еквівалентну 100 тис. дол. США, затвердженого Міністерством зовнішніх економічних зв'язків і торгівлі, або протоколу – при закупівлі товарів (робіт, послуг), вартість яких становить від 10 тис. грн до суми, еквівалентної

100 тис. дол. США. На сьогодні ця вимога застосовується до всіх замовників і закупівлі товарів, робіт та послуг за умови, що вартість закупівлі товару (товарів), послуги (послуг) дорівнює або перевищує 200 тис. грн, а робіт – 1 млн 500 тис. грн.

З того часу законодавство щодо закупівель почало динамічно змінюватись. До законів, що регулюють означену сферу, слід віднести Закони України «Про публічні закупівлі» (надалі Закон) від 25.12.2015 р. № 922-VIII, «Про приєднання України до Угоди про державні закупівлі» від 16.03.2016 № 1029-VIII; «Про внесення змін до Закону України “Про публічні закупівлі” щодо особливостей використання окремих публічних коштів на території Донецької області» від 12.04.2016 р. № 1078-VIII. Останнім регулюючим актом в сфері державних закупівель став Наказ Мінекономрозвитку України «Про внесення змін до Порядку визначення предмета закупівлі» від 19.12.2016 № 2092, відповідно до якого предмет закупівлі товарів і послуг визначається замовником згідно з пунктами 17 і 32 частини першої статті 1 Закону «Про публічні закупівлі» та на основі національного класифікатора України ДК 021:2015 “Єдиний закупівельний словник”, затвердженого наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 23 грудня 2015 року № 1749, за показником четвертої цифри основного словника із зазначенням у дужках конкретної назви товару чи послуги.

Але чи перераховані акти повністю відповідають Конституції України, як акту з найвищою юридичною силою? Зупинимось на декількох фактах.

По-перше, ст. 10 Конституції України передбачила, що державною мовою в Україні є українська мова. Держава забезпечує всебічний розвиток і функціонування української мови в усіх сферах суспільного життя на всій території України. В Україні гарантується вільний розвиток, використання і захист російської, інших мов національних меншин України. Держава сприяє вивченню мов міжнародного спілкування.

Відповідно до ст. 15 Закону, під час проведення процедур закупівель усі документи, що готуються замовником, викладаються українською мовою, а

також за рішенням замовника одночасно всі документи можуть мати автентичний переклад на іншу мову. Визначальним є текст, викладений українською мовою. Таке положення законодавства є дискреційним по відношенню до іноземних учасників, які будуть змушені витратити час на автентичний переклад.

По-друге, ст. 6 Конституції України передбачає, що державна влада в Україні здійснюється на засадах її поділу на законодавчу, виконавчу та судову. Органи законодавчої, виконавчої та судової влади здійснюють свої повноваження у встановлених цією Конституцією межах і відповідно до законів України.

П.14. ст.1 Закону вказує орган оскарження - Антимонопольний комітет України, який з метою неупередженого та ефективного захисту прав та законних інтересів осіб, пов'язаних з участю у процедурах закупівлі, утворює постійно діючу адміністративну колегію (колегії) з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель. Рішення постійно діючої адміністративної колегії (колегій) приймаються від імені Антимонопольного комітету України. За результатами розгляду скарги орган оскарження має право прийняти рішення про встановлення або відсутність порушень процедури закупівлі (у тому числі порушення порядку оприлюднення або неоприлюднення інформації про закупівлі, передбаченої цим Законом) та про заходи, що повинні вживатися для їх усунення, зокрема зобов'язати замовника повністю або частково скасувати свої рішення, надати необхідні документи, роз'яснення, усунути будь-які дискримінаційні умови (у тому числі ті, що зазначені в технічній специфікації, яка є складовою частиною тендерної документації), привести тендерну документацію у відповідність із вимогами законодавства, або за неможливості виправити допущені порушення відмінити процедуру закупівлі. На наш погляд такі права повинен мати тільки суд, тому таке правило грубо порушує норму Конституцію України.

По-третє, ч. 4 Стаття 13 Конституції України передбачає, що Держава забезпечує захист прав усіх суб'єктів права власності і господарювання,

соціальну спрямованість економіки. Усі суб'єкти права власності рівні перед законом. Як цей принцип реалізується в законі?

Тільки Замовник може вимагати надати забезпечення виконання договору про закупівлю, тобто надання забезпечення виконання зобов'язань учасника перед замовником за договором про закупівлю або забезпечення тендерної пропозиції - надання забезпечення виконання зобов'язань учасника перед замовником, що виникли у зв'язку з поданням тендерної пропозиції, у вигляді такого забезпечення, як гарантія.

Тільки Замовник на будь якій стадії може відмінити торги. Наприклад, відсутності подальшої потреби в закупівлі товарів, робіт і послуг або неможливості усунення порушень, що виникли через виявлені порушення законодавства з питань публічних закупівель. Така відміна не потребує компенсації витрат Учаснику на підготовку та участь у тендері.

За загальним правилом умови договору про закупівлю не повинні відрізнятися від змісту тендерної пропозиції за результатами аукціону переможця процедури закупівлі або ціни пропозиції учасника у разі застосування переговорної процедури. Але Закон дозволяє в односторонньому порядку Замовнику змінювати істотні умови договору у випадках:

1) зменшення обсягів закупівлі, зокрема з урахуванням фактичного обсягу видатків замовника;

2) зміни ціни за одиницю товару не більше ніж на 10 відсотків у разі коливання ціни такого товару на ринку, за умови, що зазначена зміна не призведе до збільшення суми, визначеної в договорі;

3) покращення якості предмета закупівлі за умови, що таке покращення не призведе до збільшення суми, визначеної в договорі;

4) продовження строку дії договору та виконання зобов'язань щодо передання товару, виконання робіт, надання послуг у разі виникнення документально підтверджених об'єктивних обставин, що спричинили таке продовження, у тому числі непереборної сили, затримки фінансування витрат

замовника, за умови, що такі зміни не призведуть до збільшення суми, визначеної в договорі;

5) узгодженої зміни ціни в бік зменшення (без зміни кількості (обсягу) та якості товарів, робіт і послуг);

6) зміни ціни у зв'язку із зміною ставок податків і зборів пропорційно до змін таких ставок;

7) зміни встановленого згідно із законодавством органами державної статистики індексу споживчих цін, зміни курсу іноземної валюти, зміни біржових котирувань або показників Platts, регульованих цін (тарифів) і нормативів, які застосовуються в договорі про закупівлю, у разі встановлення в договорі про закупівлю порядку зміни ціни.

Як ми бачимо національне тендерне законодавство містить в собі достатньо велику кількість дискреційних умов по відношенню до звичайних учасників торгів, ставлячи в превалюваний стан Замовників - органи державної влади, органи місцевого самоврядування та органи соціального страхування, створені відповідно до закону, а також юридичні особи (підприємства, установи, організації) та їх об'єднання, які забезпечують потреби держави або територіальної громади.