

Зайцев А. Л.

*Заведующий кафедрой гражданско-
правовых дисциплин Харьковского
национального университета
внутренних дел*

МЕТОДОЛОГИЯ ИССЛЕДОВАНИЯ ГОСУДАРСТВЕННЫХ ЗАКУПОК В УКРАИНЕ

Основным методом для исследования гносеологии законодательства традиционно является сравнительно-правовой метод, который используется для анализа общих и специальных источников права в пределах правовой системы. Используя его, мы можем констатировать, что в национальном законодательстве независимой Украины словосочетание «международный тендер» впервые появилось в распоряжении КМ Украины от 12 сентября 1993 г. № 604-р «Про заходи щодо підготовки і проведення Міжнародного тендеру з розв'язання проблеми перетворення об'єкта “Укриття” Чорнобильської АЕС в екологічно безпечну систему»¹. Однако сразу оговоримся, что он не содержал понятие тендера и преследовал цель наделить Министра по делам защиты населения от последствий чернобыльской катастрофы и его заместителя полномочиями действовать от имени правительства Украины в перечисленных международных организациях при осуществлении мер по подготовке и проведению тендера, а также в ходе международных переговоров, направленных на поиск необходимых источников финансирования перечисленных работ.

В начале формирования национальной системы права тендерные процедуры использовались только для международных закупок и

¹ База данных «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/ru/604-93-%D1%80>.

регламентировались постановлением КМ Украины «Про затвердження Положення про порядок організації та проведення міжнародних торгів (тендерів) в Україні»² от 21 октября 1993 г. № 871. В соответствии с его положениями был определен порядок организации и проведения в Украине международных торгов (тендеров) для иностранных и украинских предприятий, учреждений и организаций, который должен был гарантировать для заказчика исполнение обязательств в пределах согласованной стоимости необходимых поставок товаров, объемов работ и услуг.

Следующим этапом в правовом регулировании тендеров стало принятие постановление КМ Украины «Про організацію та проведення торгів (тендерів) у сфері державних закупівель товарів (робіт, послуг)»³ от 28 июня 1997 г. № 694. Это постановление заложило основные условия торгов, а именно:

Во-первых, перевод средств из государственного бюджета для оплаты договоров (контрактов), заключенных с поставщиками (подрядчиками) – победителями торгов (тендеров), осуществляется через Главное управление и территориальные органы государственного казначейства или уполномоченные банки на основе отчета о результатах торгов (тендеров) при закупке товаров (работ, услуг).

Во-вторых, стоимость закупок должна равняться или превышать сумму, эквивалентную 100 тысячам долларов США, утвержденную Министерством внешнеэкономических связей и торговли, или протокол закупки товаров (работ, услуг), значение которых начиналось от 10 тысяч гривен и до суммы, эквивалентной 100 тысячам долларов США. На сегодняшний день это требование применяется ко всем заказчикам при закупке товаров, работ и

² База данных «Законодавство України»/Верховна Рада України. URL : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/871-93-%D0%BF>

³ База данных «Законодавство України»/Верховна Рада України. URL : <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/694-97-%D0%BF>

услуг, при том условии, что стоимость покупок товара (товаров) и услуги (услуг) равно или превышает 200 тысяч гривен, и работ – 1 миллион 500 тысяч гривен.

С того времени национальное тендерное законодательство начало динамически развиваться и периодически кардинально изменяться. К основным нормативным актам, которые регулировали указанные отношения, относятся: Указ Президента Украины от 18.11.1997 г. № 1283/97 «Про міжнародні торги (тендер) як спосіб приватизації державного майна»⁴; Положение Фонда государственного имущества от 25.12.1997 г. № 1520 «Про затвердження Положення про порядок підготовки та проведення відкритих торгів (тендеру)»⁵; Постановление КМ Украины от 08.06.1998 г. № 841 «Про Положення про порядок організації та проведення міжнародних конкурсів (тендерів) на укладання контрактів на користування надрами»⁶; Закон Украины «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України з питань закупівлі товарів, робіт і послуг за державні кошти»⁷ от 01.12.2006 г. № 424-V, «Про здійснення державних закупівель»⁸ от 01.06.2010 г. № 2289-VI, и аналогичный Закон от 10.04.2014 г. № 1197-VII; «Про публічні закупівлі»⁹ от 25.12.2015 г. № 922-VIII (далее Закон); «Про приєднання України до Угоди про державні закупівлі»¹⁰ от 16.03.2016 г. № 1029-VIII; «Про внесення змін до Закону України “Про публічні закупівлі” щодо

⁴ База данных «Законодавство України»/Верховна Рада України. URL : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1283/97>.

⁵ База данных «Законодавство України»/Верховна Рада України. URL : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0635-97>.

⁶ База данных «Законодавство України»/Верховна Рада України. URL : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/841-98-%D0%BF>.

⁷ База данных «Законодавство України»/Верховна Рада України. URL : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/424-1>.

⁸ База данных «Законодавство України»/Верховна Рада України. URL : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2289-17>.

⁹ База данных «Законодавство України»/Верховна Рада України. URL : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/922-19>.

¹⁰ База данных «Законодавство України»/Верховна Рада України. URL : <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/1029-19>.

особливостей використання окремих публічних коштів на території Донецької області»¹¹ от 12.04.2016 г. № 1078-VIII.

Последним регулирующим актом в сфере государственных закупок стал Приказ Министерства экономического развития Украины «Про внесення змін до Порядку визначення предмета закупівлі»¹² от 19.12.2016 г. № 2092, в соответствии с которым предмет закупки товаров и услуг определяется заказчиком на основании национального классификатора Украины ДК 021:2015 «Єдиний закупівельний словник»¹³, утвержденного приказом Министерства экономического развития и торговли Украины от 23 декабря 2015 г. № 1749, по показателю четвертой цифры основного словаря с обозначением в скобках конкретного названия товаров или услуг.

Исходя из вышеперечисленного, мы можем предварительно сделать вывод о предмете регулирования тендерных отношений, учитывая специфику нормативных актов, которые регулируют описываемые отношения.

Постановка научной проблемы в области государственных закупок лежит в осмыслении правового характера отношений (гражданских, коммерческих, организационных, административных), возникающих в связи с осуществлением государственных закупок, а также нормативных регуляторных актов. Ученые разных отраслей права активно осуществляли научные исследования в этом направлении. Динамический рост научного интереса к государственным закупкам требует использования метода системного анализа для оценки приобретенных знаний. Результатом научного поиска стали диссертационные исследования А. Л. Юдицкого

¹¹ База данных «Законодавство України»/Верховна Рада України. URL : <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/1078-19>.

¹² База данных «Законодавство України»/Верховна Рада України. URL : <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z1734-16>.

¹³ База данных «Законодавство України»/Верховна Рада України. URL : <http://zakon3.rada.gov.ua/rada/show/v1749731-15/paran14#n14>.

«Правове регулювання закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти»¹⁴, Я. В. Петруненко «Господарсько-правові основи державних закупівель в Україні»¹⁵, А. О. Олефіра «Господарське-правове забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я»¹⁶, в которых начато решение проблем государственных закупок. Но задачи, которые решаются, находятся на стыке гражданского, хозяйственного и административного права.

Один из вопросов, на который неизбежно необходимо дать ответ, – это используя метод анализа сравнить конкурсные торги с обязательствами из публичного обещания вознаграждения по результатам конкурса. И уже на основании анализа определить элементы противоречий между этими гражданско-правовыми институтами, что впоследствии не позволит применять к торгам положения гл. 78 ГК Украины. Во-первых, субъектный состав участников разный. Так, в соответствии со ст. 1150 ГК Украины «Право на объявление конкурса», конкурс (соревнование) имеет право объявить физическое или юридическое лицо (учредитель конкурса). В свою очередь п. 9 ст. 1 Закона предусматривает, что заказчики – органы государственной власти, органы местного самоуправления и органы социального страхования, созданные в соответствии с законом, а также юридические лица (предприятия, учреждения, организации) и их объединения обеспечивают потребности государства или территориальной общины, если такая деятельность не осуществляется на промышленной или коммерческой основе, при наличии одного из следующих признаков:

¹⁴ Юдіцький О. Л. Правове регулювання закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / Юдіцький Олександр Леонідович ; Київ. нац. ун-т ім. Тараса Шевченка. – К., 2013. – 18 с.

¹⁵ Петруненко Я. В. Господарсько-правові основи державних закупівель в Україні : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / Петруненко Ярослав Вікторович ; Нац. ун-т «Одеська юридична академія». – О., 2013. – 20 с.

¹⁶ Олефір А. О. Господарсько-правове забезпечення державних закупівель в сфері охорони здоров'я : автореф. дис. ... канд. юрид. наук : 12.00.04 / Нац. ун-т «Юридична академія України імені Ярослава Мудрого». – Х., 2014. – 27 с.

юридическое лицо является распорядителем, получателем бюджетных средств; органы государственной власти, органы местного самоуправления или другие заказчики обладают большинством голосов в высшем органе управления юридического лица; в уставном капитале юридического лица государственная или коммунальная доля акций (долей, паев) превышает 50 процентов.

Во-вторых, результат правоотношений. Согласно п. 3. ст. 1151 ГК Украины по результатам конкурса выдается награда (премия). Количество призовых мест, вид награды (сумма премии) за каждое призовое место и т. д. определяются в условиях конкурса. Условиями конкурса может быть обусловлено предоставление победителю только морального поощрения. Предмет конкурса, награда (премия), которая должна быть выплачена победителю, являются существенными условиями объявления конкурса. Тендерными торгами это не предусмотрено, наоборот, результат тендера – это принятие заказчиком предложения конкурсных торгов или ценового предложения, которое признано наиболее экономически выгодным, и предоставление согласия на взятие обязательств на оплату предмета закупки или его части (лота). Понятно, что предоставление морального поощрения или награда (премия) не могут быть предметом государственных закупок.

В-третьих, порядок и условия изменения условий конкурса. Согласно ст. 1152 ГК Украины основатель конкурса вправе изменить его условия до начала конкурса. Изменение условий конкурса после его начала не допускается. В тендерных торгах допускается возможность изменения в документации – в течение трех рабочих дней со дня принятия решения об их внесении, но не позднее, чем за семь дней до даты раскрытия предложений конкурсных торгов или квалификационных предложений.

В-четвертых, порядок и последствия отказа от проведения конкурса. Согласно ст. 1153 ГК Украины, основатель конкурса имеет право отказаться

от его проведения, если проведение конкурса стало невозможным при обстоятельствах, которые от него не зависят. В случае отказа учредителя от проведения конкурса по иным основаниям, участник конкурса имеет право на возмещение расходов, понесенных им для подготовки к участию в конкурсе. Понятно, что тендерные торги содержат в себе совсем другие правила, а именно, заказчик отменяет торги в случае: отсутствия дальнейшей потребности в закупке товаров, работ и услуг; невозможности устранения нарушений, возникших из-за выявленных нарушений законодательства; нарушения порядка опубликования объявления о проведении процедуры закупки¹⁷.

Продолжим исследование государственных закупок при помощи системно-структурного метода, который включает в себя системный анализ и структурный функционализм торгов. Системный анализ позволит верно сформулировать постановку проблем государственных закупок – определение природы их происхождения и, как следствие, – действенные механизмы правового регулирования. Системность анализа заключается в том, что мы построим исследование вокруг этапов государственных закупок, о которых речь пойдет далее¹⁸.

Этап первый (организационный) – создание тендерного комитета (далее – ТК). Тендерные процедуры начинаются с создания ТК в составе Заказчика. Согласно п. 31 Закона тендерный комитет – служебные (должностные) и другие лица заказчика, назначенные ответственными за организацию и проведение процедур закупки в соответствии с Законом. До 01.08.2016 г. действовал приказ Минэкономки от 26.07.2010 г. № 916 «Про

¹⁷ Зайцев О. Л. Конкурсні торги це зобов'язання з публічної обіцянки нагороди за результатами конкурсу? // Проблеми здійснення суб'єктивних прав: матеріали круглого столу (14–15 березня 2015 р.). – Х. : ХНУВС, 2015. – С. 35–41

¹⁸ Zaitsev O. L. The Main Stages of Tenders in Ukraine and their Shortcomings the Journal of Eastern European Law/ Журнал східноєвропейського права. – 2015. – № 14. – С. 120–123. Режим доступу : http://easternlaw.com.ua/wp-content/uploads/2015/04/zaitsev_14.pdf.

затвердження Типового положення про комітет з конкурсних торгів»¹⁹, його змінив наказ Міністерства економіки від 30.03.2016 г. № 557 «Про затвердження Примірного положення про тендерний комітет або уповноважену особу (осіб)»²⁰ (далее Положение).

Согласно п. 1.2. Положения, тендерный комитет – это служебные (должностные) и другие лица заказчика, назначенные ответственными за организацию и проведение процедур закупки в соответствии с Законом. В свою очередь, уполномоченное лицо (лица) – это служебное, должностное и иное физическое лицо заказчика, определенное ответственным за организацию и проведение процедур закупки в соответствии с Законом на основании собственного распорядительного решения или трудового договора (контракта). Положение никак не регулирует вопрос, может ли на ПОУ одновременно действовать ТК и уполномоченное лицо? Такой дуализм разных квазисубъектов правоотношений с одними и теми же правами явно не направлен на единообразное урегулирование тендерных процедур.

Целью создания ТК является организация и проведение процедур закупок на принципах коллегиальности и беспристрастности. Целью деятельности уполномоченного лица (лиц) является организация и проведение процедур закупки в интересах заказчика на основе объективности и беспристрастности. ТК и уполномоченное лицо (лица) – это некие специальные субъекты отношений, поскольку они в своей деятельности должны руководствоваться Законом, другими нормативно-правовыми актами по вопросам публичных закупок и Положением, а,

¹⁹ База данных «Законодавство України»/Верховна Рада України. URL : <http://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0622-10>.

²⁰ База данных Минэкономки. URL : <http://www.me.gov.ua/LegislativeActs/Detail?lang=uk-UA&id=ceeac4e3-9f76-455f-b2bd-ff8d0ecec372&title=NakazMinisterstvaEkonomichnogoRozvitkuITorgivliUkrainiVid30-03-2016-557-proZatverdzhenniaPrimirnogoPolozhenniaProTenderniiKomitetAboUpovnovazhenuOsobu-osi>.

следовательно, должны обладать неким объемом специальной правосубъектности.

Состав ТК, изменения в составе и положение о нем утверждаются решением заказчика. В состав ТК должны входить не менее пяти человек. В случае, если количество служебных (должностных) лиц в штатной численности работников заказчика меньше пяти человек, в состав ТК должны входить все служебные (должностные) лица заказчика. Явный недостаток Положения – это отсутствие требований к персональному составу ТК с точки зрения осуществления должностных полномочий.

Руководство работой ТК осуществляет его председатель, который назначается заказчиком и может иметь право (а по мнению автора – обязан) на подписание договоров в случае предоставления таких полномочий заказчиком, оформленных в соответствии с законодательством. Председатель ТК назначает заместителя (заместителей) председателя, секретаря из числа членов ТК и определяет функции каждого члена ТК. Решение председателя ТК по назначению заместителя (заместителей) председателя и секретаря ТК, определение функций каждого члена ТК и решения других вопросов заносятся в протокол заседания ТК.

ТК отвечает за организацию и проведение процедур закупок. В процессе работы он обеспечивает реализацию следующих функций: планирование закупок, составление и утверждение годового плана закупок; осуществление выбора процедуры закупки и ее проведения; обеспечение равных условий для всех участников, объективный и честный выбор победителя; обеспечение составления, утверждения и хранения соответствующих документов по вопросам публичных закупок; обеспечение обнародования информации и отчета о публичных закупках; предоставление разъяснения лицам, которые выразили намерение принять участие в процедуре закупок, по содержанию тендерной документации в случае

получения соответствующих запросов; осуществление иных действий, предусмотренных Законом.

Председатель, секретарь и другие члены ТК могут пройти обучение по вопросам организации и осуществления закупок. На наш взгляд такая норма недопустима. Согласно ст. 164-14 КоАП Украины «Нарушение законодательства о закупках влечет наложение штрафа на служебных (должностных), уполномоченных лиц от семисот до тысячи необлагаемых минимумов доходов граждан. Те же действия, совершенные повторно в течение года после наложения административного взыскания за одно из правонарушений, указанных в части первой настоящей статьи, – влекут за собой наложение штрафа на служебных (должностных), уполномоченных лиц от тысячи до тысячи пятисот необлагаемых минимумов доходов граждан». Поэтому следовало бы предусмотреть обязательность обучения членов тендерного комитета с получением диплома (сертификата) государственного образца. Более детально этот вопрос исследовался автором в публикации «Створення тендерного комітету на підприємстві»²¹.

Второй этап – планирование закупок. Непосредственно процесс закупки начинается с разработки и утверждения на заседании ТК годового плана закупок. Приказом Министерства экономического развития и торговли Украины «Про затвердження форм документів у сфері публічних закупівель»²² от 22.03.2016 г. № 490 утверждена форма Годового плана закупок, которая включает: наименование заказчика (код согласно ЕГРПОУ заказчика); конкретное название предмета закупки; коды соответствующих классификаторов предмета закупки (при наличии); код согласно КЕКВ (для

²¹ Зайцев О. Л. Створення тендерного комітету на підприємстві // Сфера дії трудового права та права соціального забезпечення: матеріали V Всеукраїнської наук.-практ. конф. (м. Харків, 28 жовтня 2016 р.) ; за заг. ред. К. Ю. Мельника / МВС України, Харк. нац. ун-т внутр. справ. – Х. : ХНУВС, 2016. – 426 с. С. 157–161.

²² База данных «Законодавство України» / Верховна Рада України. URL: <http://zakon0.rada.gov.ua/laws/show/z0449-16#n93>.

бюджетных средств); размер бюджетного назначения по смете или ожидаемая стоимость предмета закупки; процедура закупки; ориентировочное начало проведения процедуры закупки; примечания. Годовой план, приложение к годовому плану и изменения в них безвозмездно публикуются на веб-портале Уполномоченного органа по вопросам закупок в течение пяти дней со дня их утверждения. После получения годовой сметы (временной сметы) ТК корректирует годовой план закупок, в котором указывается наименование предмета закупки – товары, работы или услуги, которые будут закупаться заказчиком в соответствии с Государственным классификатором продукции и услуг ДК 021:2015 «Единый закупительный словник», а также конкретного названия товара или услуги по показателю пятого знака (классификационная группировка «категория»). Более детально это вопрос рассмотрен автором в отдельной публикации²³.

Следует сразу указать на неаутентичность и расхождение категорий «предмет закупки» и «предмет договора». Не вдаваясь в проблемы определения понятия «предмет договора», которую исследовал И. В. Стрижак²⁴, отметим, что предмет договора закупки – это его единственное существенное условие, которое прямо предусмотрено ЦК Украины в общих положениях о договоре.

Несовершенство национальной процедуры на этом этапе заключается в том, что законодатель не предусмотрел временные рамки для ТК по составлению годового плана, ответственности за неосуществление публикации годового плана на собственных ресурсах, процедуру

²³ Зайцев О. Л. Значення річного плану закупівель для механізму державних закупівель // Проблеми вдосконалення приватноправових механізмів набуття, передачі, здійснення та захисту суб'єктивних цивільних прав: матеріали науково-практичної конференції, присвяченої пам'яті проф. Чингізхана Нуфатовича Азімова (Харків, 16 грудня 2016 р.) – Х. : 2016. – 352 с. С. 65–71.

²⁴ 5. Стрижак І. В. Проблема визначення поняття «предмет договору». – Режим доступу : <https://www.google.com.ua/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=2&cad=rja&uact=8&ved=0CCkQFjAB&url=http%3A%2F%2Ffirbis-nbu.gov.ua%2F79142246.d.bGQ>.

согласования годового плана с основным распорядителем средств и тому подобное. Для будущего договора этот этап имеет важное значение, поскольку именно в Годовом плане указывается наименование предмета закупки – товары, работы или услуги, которые закупаются заказчиком в рамках единой процедуры закупки, на участие в которой участниками подаются предложения конкурсных торгов (квалификационные, ценовые предложения) или предложения на переговорах (в случае применения процедуры закупки у одного участника), или заявки (в случае применения процедуры электронного реверсивного аукциона) и порядка определения предмета закупки, утверждаемого Министерством экономического развития и торговли Украины.

Третий этап (публикация информации о закупке). На протяжении всей процедуры торгов Заказчик самостоятельно и бесплатно через авторизованные электронные площадки публикует на веб-портале Уполномоченного органа в порядке, установленном уполномоченным органом и Законом, информацию о закупке, а именно: объявления о проведении процедуры закупки и тендерную документацию – не позднее чем за 15 дней до дня раскрытия тендерных предложений, если стоимость закупки не превышает для товаров и услуг – 133 тысячи евро, для работ – 5150 тысяч евро и не позднее 30 дней в случае превышения таких пределов; изменения тендерной документации и разъяснения к ней (при наличии) – в течение одного дня со дня принятия решения об их внесении или предоставления разъяснений; объявления со сведениями о заключенном рамочном соглашении (в случае осуществления закупки по рамочным соглашениям) – не позднее чем через семь дней со дня заключения рамочного соглашения; протокол рассмотрения тендерных предложений – в течение одного дня со дня его утверждения; сообщение о намерении заключить договор о закупке – в течение одного дня со дня принятия решения об определении победителя процедуры закупки; информацию об

отклонении тендерного предложения участника – в течение одного дня со дня принятия решения об отклонении; договор о закупке – в течение двух дней со дня его заключения; сообщение о внесении изменений в договор – в течение трех дней со дня внесения изменений; отчет об исполнении договора – в течение трех дней со дня окончания срока действия договора, исполнения договора или его расторжения; отчет о заключенных договорах – в течение одного дня со дня заключения договора.

Ответственность за полноту и достоверность публикаций на веб-портале Уполномоченного органа несут председатель и секретарь ТК заказчика или уполномоченное лицо (лица).

Недостатки такого подхода законодателя очевидны. Во-первых, не учитывается соотношение рабочих и не рабочих дней. Во-вторых, во многих случаях сроки необоснованно сокращены до одного дня. В-третьих, не учитывается возможность отсутствия по уважительным причинам членов ТК, что приведет к неопубликованию перечисленной информации. В-четвертых, отсутствует механизм исправления механических описок и технических ошибок. В-пятых, банальные технические проблемы – отсутствие интернет-связи, потеря связи с электронным кабинетом и т. д.

Четвертый этап (непосредственно процедура закупки). В соответствии со ст. 12 Закона закупка может осуществляться путем применения одной из таких процедур: открытые торги; конкурентный диалог; переговорная процедура закупки. По отдельным правилам заключается рамочное соглашение – договор, который заключается одним или несколькими заказчиками с одним или несколькими участниками процедуры закупки с целью определения основных условий закупки отдельных товаров и услуг для заключения соответствующих договоров о закупке в течение срока действия рамочного соглашения.

Открытые торги являются основной процедурой закупки. При проведении процедуры открытых торгов тендерные предложения имеют

право подавать все заинтересованные лица. Для проведения процедуры закупки должно быть подано не менее двух предложений. Алгоритм открытых торгов следующий.

Первый шаг – на заседании ТК, в соответствии с годовым планом закупки, разработать и утвердить тендерную документацию и проект договора закупки. Тендерная документация – документация об условиях проведения публичных закупок, которая разрабатывается и утверждается заказчиком и обнародуется для свободного доступа на веб-портале Уполномоченного органа и авторизованных электронных площадках. Тендерная документация не является объектом авторского права и/или смежных прав. Тендерная документация должна содержать: 1) инструкцию по подготовке тендерных предложений; 2) квалификационные критерии к участникам и информацию о способе подтверждения соответствия участников установленным критериям; 3) информацию о необходимых технических, качественных и количественных характеристиках предмета закупки, в том числе соответствующую техническую спецификацию; 4) количество товара и место его поставки; 5) место, где должны быть выполнены работы или оказаны услуги, их объемы; 6) сроки поставки товаров, выполнения работ, оказания услуг; 7) проект договора о закупке с обязательным указанием порядка изменений его условий; 8) описание отдельной части или частей предмета закупки (лота), по которым могут быть представлены тендерные предложения, в случае если участникам разрешается подать тендерные предложения по части предмета закупки (лота); 9) перечень критериев и методика оценки тендерных предложений с указанием удельного веса критериев; 10) срок, в течение которого тендерные предложения считаются действительными; 11) информацию о валюте, в которой должна быть рассчитана и указана цена тендерного предложения; 12) информацию о языке (языках), на котором (которых) должны быть составлены тендерные предложения; 13) указание конечного срока подачи

тендерных предложений; 14) размер, вид и условия предоставления обеспечения тендерных предложений (если заказчик требует его предоставить); 15) размер, вид, срок и условия предоставления, условия возврата и невозврата обеспечения выполнения договора о закупке (если заказчик требует его предоставить); 16) фамилию, имя и отчество, должность и адрес одного или нескольких должностных лиц заказчика, уполномоченных осуществлять связь с участниками; 17) в случае закупки работ – требование об указании участником в тендерном предложении информации по каждому субъекту хозяйствования, которого участник планирует привлекать к выполнению работ. Тендерная документация может содержать также другую информацию в соответствии с законодательством, которую заказчик считает необходимым в нее включить.

Второй шаг – информирование о проведении процедуры открытых торгов. Объявление о проведении процедуры открытых торгов бесплатно публикуется на веб-портале Уполномоченного органа. В объявлении о проведении процедуры открытых торгов обязательно указываются: наименование и местонахождение заказчика; название предмета закупки; количество и место поставки товаров или объем и место выполнения работ или оказания услуг; ожидаемая стоимость закупки товаров, работ или услуг с указанием информации о включении НДС и других налогов и сборов; срок поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг; конечный срок подачи тендерных предложений; размер, вид и условия предоставления обеспечения тендерных предложений (если заказчик требует его предоставить); дата и время раскрытия тендерных предложений; размер минимального шага понижения цены во время электронного аукциона в процентах или денежных единицах и математическая формула, которая будет применяться при проведении электронного аукциона для определения показателей других критериев оценки.

Дата и время раскрытия тендерных предложений, как и дата и время проведения электронного аукциона определяются электронной системой закупок автоматически в день обнаружения заказчиком объявления на веб-портале Уполномоченного органа. Однако срок для подачи тендерных предложений не может быть менее 15 дней со дня опубликования объявления о проведении процедуры открытых торгов на веб-портале Уполномоченного органа.

Второй вид процедуры – конкурентный диалог, который может быть применен заказчиком при следующих условиях:

- заказчик не может определить необходимые технические, качественные характеристики (спецификации) работ или определить вид услуг, и для принятия оптимального решения о закупке необходимо провести переговоры с участниками;

- предметом закупки являются консультационные, юридические услуги, разработка информационных систем, программных продуктов, осуществления научных исследований, экспериментов или разработок, выполнение опытно-конструкторских, строительных работ, определение требований, выполнение которых требует переговоров.

Конкурентный диалог проводится в два этапа. На первом этапе всем участникам предлагается подать тендерное предложение, в котором предоставляется информация о соответствии участника квалификационным критериям, требованиям, определенным заказчиком в тендерной документации, и описание решения о закупке без указания цены. Во время раскрытия тендерных предложений для участия в первом этапе конкурентного диалога автоматически раскрывается вся информация, указанная в предложениях участников, кроме информации, описывающей решение о закупке, которая открывается только заказчику. На втором этапе участники должны подать окончательные тендерные предложения с указанием цены. Срок подачи тендерных предложений на втором этапе

составляет не менее 15 дней со дня получения приглашения принять участие во втором этапе. С участником процедуры закупки, который определен победителем, заказчик заключает договор о закупке.

Третий вид процедуры закупки. Переговорная процедура закупки – это процедура, которая используется заказчиком как исключение и в соответствии с которой заказчик заключает договор о закупке с участником после проведения переговоров с одним или несколькими участниками.

Переговорная процедура закупки применяется заказчиком в порядке исключения в случаях: 1) закупки произведений искусства или закупки, связанной с защитой прав интеллектуальной собственности, или заключения договора о закупке с победителем архитектурного или художественного конкурса; 2) отсутствия конкуренции на соответствующем рынке, вследствие чего договор о закупке может быть заключен только с одним поставщиком, при отсутствии при этом альтернативы; 3) необходимости в осуществлении закупки в связи с возникновением особых экономических или социальных обстоятельств, которые делают невозможным соблюдение заказчиками сроков для проведения тендера; 4) если заказчиком был дважды отменен тендер из-за отсутствия достаточного количества участников; 5) необходимости осуществить дополнительную закупку у того же поставщика в целях унификации, стандартизации или обеспечения совместимости с имеющимися товарами, технологиями, работами или услугами; 6) необходимости проведения дополнительных строительных работ, не указанных в первоначальном проекте; 7) закупки юридических услуг, связанных с защитой прав и интересов Украины. По результатам проведенных переговоров с участником (участниками) заказчик принимает решение о намерении заключить договор.

Пятый этап (рассмотрение и оценка тендерных предложений). Оценка тендерных предложений производится автоматически электронной системой

закупок на основе критериев и методики оценки, указанных заказчиком в тендерной документации, и путем применения электронного аукциона.

После оценки предложений заказчик рассматривает тендерные предложения на соответствие требованиям тендерной документации из перечня участников, начиная с участника, предложение которого по результатам оценки определено как наиболее экономически выгодное. Срок рассмотрения тендерного предложения, которое по результатам оценки определено как наиболее экономически выгодное, не должен превышать по общему правилу 20 рабочих дней. В случае отклонения тендерного предложения, которое по результатам оценки определено как наиболее экономически выгодное, заказчик рассматривает следующее тендерное предложение из перечня участников, считающееся наиболее экономически выгодным.

По результатам рассмотрения предложений ТК составляет протокол рассмотрения тендерных предложений по форме, установленной уполномоченным органом, и обнародует его заказчиком на веб-портале Уполномоченного органа. После обнародования заказчиком протокола рассмотрения тендерных предложений электронной системой закупок автоматически рассылаются сообщения всем участникам тендера и обнародуется список участников, тендерные предложения которых не отклонены. Это неоспоримое преимущество процедуры, т. к. раньше заказчику приходилось почтовыми отправлениями информировать участников о рассмотрении их предложений.

Шестой этап (заключение договора о закупке). Согласно п. 5 ст. 1 Закона, договор о закупке – договор, заключаемый между заказчиком и участником по результатам проведения процедуры закупки, и предусматривает предоставление услуг, выполнение работ или приобретение права собственности на товары. Сообщение о намерении заключить договор о закупке обнародуется в течение одного дня со дня принятия решения об

определении победителя процедуры закупки, а договор о закупке – в течение двух дней со дня его заключения. Договор о закупке заключается в соответствии с нормами Гражданского кодекса Украины и Хозяйственного кодекса Украины с учетом особенностей, определенных Законом.

До 07.12.2012 г. действовал Приказ Минэкономки «Про затвердження Типового договору про закупівлю товарів (робіт або послуг) за державні кошти»²⁵ от 27.07.2010 г. № 925. В наше время форма как проекта, так и самого договора остается вопросом не урегулированным, что вызывает заинтересованность научного поиска в этом направлении.

Существенными условиями договора являются: условия о предмете договора; условия, которые определены законом как существенные или необходимые для договоров данного вида; все те условия, относительно которых по заявлению хотя бы одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.

Стороны договора о закупке достигают согласия путем проведения процедуры закупки. То есть когда заказчик включил условия в проект договора, основываясь на нормах абз. 1 ч. 1 ст. 638 ГК Украины, такие условия и являются условиями, относительно которых, по мнению заказчика, должно быть достигнуто соглашение. Если участник подал тендерное предложение, в котором согласился с проектом договора, и был признан победителем процедуры закупки, он должен заключить договор о закупке, содержание которого не должно противоречить включенному в тендерную документацию проекта договору о закупке. В то же время договоры о закупке по результатам применения переговорной процедуры закупки заключаются в особом порядке. Ведь в ст. 35 Закона нет четкого требования об обязанности заказчика согласовывать с участником (участниками) во время переговоров проект договора. В соответствии с ч. 3 ст. 631

²⁵ <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/z0655-10>.

ГК Украины стороны могут установить, что условия договора применяются к отношениям между ними, возникшим до его заключения. А на обязательства, возникшие у сторон до заключения ими хозяйственного договора, не распространяются условия заключенного договора, если договором не предусмотрено иное (ч. 7 ст. 180 ГК Украины). Однако применить эту норму можно только тогда, когда стороны договора вступают в отношения еще до момента его заключения. В то же время договор о закупке по Закону заключается по результатам проведения процедур закупок. Во время тендерных процедур и проводится конкурентный отбор участников для определения победителя торгов. Исключение в этой ситуации составляет переговорная процедура закупок, которая предусматривает заключение договора без проведения конкурсного отбора. Таким образом, только в случае заключения договора по результатам переговорной процедуры стороны могут установить, что условия договора применяются к отношениям между ними, возникшим до его заключения.

Цена договора о закупке – это цена товара, работы или услуги, указанная в предложении участника-победителя процедуры закупки (учитывая результаты электронного аукциона).

В соответствии с абз. 1 ч. 1 ст. 638 ГК Украины договор считается заключенным, если стороны в надлежащей форме достигли согласия по всем существенным условиям договора. Договор о закупке возможен и в электронной форме. Статья 205 ГК Украины определяет, что сделка может совершаться устно или в письменной (электронной) форме. Стороны имеют право избирать форму сделки, если иное не установлено законом. Как видим, соблюдая нормы ГК, который предусматривает возможность заключения договоров в электронной форме, заказчик и победитель торгов могут

заключать договоры о закупке в электронной форме, если имеют для этого соответствующие технические и организационно-правовые предпосылки²⁶.

Недостатки этого этапа следующие. Во-первых, договор о закупке не является «результатом процедуры закупки» потому, что центральный орган исполнительной власти, реализующий государственную политику в сфере казначейского обслуживания бюджетных средств до осуществления оплаты по договорам о закупке проверяет наличие и соответствие заключенного договора о закупке по отчету о результатах проведения процедуры закупки и годовому плану закупок. То есть договор о закупках должен отвечать отчету о закупках, а не наоборот. А отчет и будет «результатом процедуры закупки».

Во-вторых, в законодательстве о закупках некорректно используются понятийные конструкции с «условиями договора». Так, условия договора о закупке не должны отличаться от содержания предложения конкурсных торгов или ценового предложения (в том числе цены за единицу товара) победителя процедуры закупки. Существенные условия договора о закупке не могут изменяться после его подписания до исполнения обязательств сторонами в полном объеме, кроме случаев прямо предусмотренных. То есть во всех договорах на закупку к существенным условиям законодатель отнес лишь условия о предмете и цене. Как быть с другими условиями, отнести их к обычным? В науке гражданского права вопрос «существенных условий» достаточно полно исследовал И. И. Зозуляк²⁷ под научным руководством С. О. Мичурина. Поэтому, основываясь на их наработках, мы можем указать на то, что в предложении конкурсных торгов (ценового предложения)

²⁶ Джерело: <http://www.gbb.com.ua/article/567-qqq-17-m1-26-01-2017-dogovr-pro-zakupvlyu-osnovn-nyuansi-ukladennya>.

²⁷ Зозуляк І. І. Розвиток уявленнь про істотні умови договору // Форум права. – 2007. – № 3. – С. 136–141. – Режим доступа : <http://www.nbu.gov.ua/ejournals/FP/2007-3/07ziiiud.pdf>.

содержатся не условия договора, а исключительно информация о предмете закупки (лота) и цене предложения.

В-третьих, новая для цивилистов правовая конструкция «срок на заключение договора». Каждая из процедур характеризуется собственными сроками, но порядок их определения примерно одинаков. Так, например, в открытых торгах заказчик заключает договор о закупке с участником, который признан победителем торгов в течение срока действия его предложения не позднее чем через 20 дней со дня принятия решения о намерении заключить договор о закупке в соответствии с требованиями тендерной документации и предложением участника-победителя. С целью обеспечения права на обжалование решений заказчика договор о закупке не может быть заключен ранее чем через 10 дней с даты публикации на веб-портале Уполномоченного органа уведомления о намерении заключить договор о закупке. Этот срок фактически ограничивает стороны во времени и правовом пространстве и не имеет прямых аналогов в гражданском праве.

Отдельным (факультативным) этапом закупок выступает обеспечение договора и процедуры закупки. То есть основанием возникновения гражданско-правовых правоотношений выступает бюджетное обязательство – любое осуществленное в соответствии с бюджетным ассигнованием размещение заказа, заключение договора, приобретение товара, услуги или осуществления других аналогичных операций в течение бюджетного периода. Согласно ч. 1 ст. 548 ГК Украины «Общие условия обеспечения исполнения обязательства» исполнение обязательства (основного обязательства) обеспечивается, если это установлено договором или законом. ЗУ «Об осуществлении государственных закупок» устанавливает в соответствующих частях ст. 1 следующие виды обеспечений: обеспечение исполнения договора о закупке – предоставление обеспечения исполнения обязательств участника перед заказчиком по договору о закупке и обеспечение тендерного предложения – предоставление

обеспечения исполнения обязательств участника перед заказчиком, возникших в связи с представлением тендерного предложения, в виде такого обеспечения, как гарантия. Но какие гражданско-правовые обязательства защищает такое обеспечение? Вышеуказанный Закон прямо предусматривает их перечень, в виде оснований не возвращается заказчиком обеспечение в следующих случаях: отзыва предложения торгов; неподписание победителем договора о закупке; непредоставление победителем обеспечения исполнения договора.

Перечисленные случаи с достаточно большой натяжкой можно в чистом виде отнести к гражданско-правовым обязательствам, поскольку они не предусмотрены актами гражданского законодательства, и даже по аналогии не порождают гражданские права и обязанности.

Косвенно на это указывает и норма, согласно которой средства, поступившие в качестве обеспечения предложения конкурсных торгов (в случае, если они не возвращаются участнику), подлежат перечислению в соответствующий бюджет, а в случае осуществления закупки юридическими лицами (их объединениями) не за бюджетные средства – перечисляются на счет таких юридических лиц (их объединений)²⁸.

Шестой этап (исполнение договора). Исполнение договора осуществляется по общим правилам Гражданского и Хозяйственного кодексов Украины. Исходя из особенностей бюджетного законодательства заказчик государственных закупок находится в преимущественном перед контрагентами состоянии: цена договора может меняться только в сторону уменьшения; продукцию заказчик может получать в объемах финансирования, а не указанных в договоре; оплата может осуществляться не ранее 90 дней с момента подачи документов на оплату и т. д.

²⁸ Зайцев О. Л. Забезпечення в закупівнях товарів, робіт і послуг за державні кошти // Актуальні проблеми приватного права : матеріали міжнар. наук.-практ. конф., присвяч. 94-й річниці з дня народж. д-ра юрид. наук, проф., чл.-кор. АН УРСР В. П. Маслова, 19 лют. 2016 р. – Х. : Право, 2016. – 364 с. с. 57–60.

В качестве вывода мы можем констатировать, что с точки зрения методологии исследования государственных закупок торги представляют собой жесткий и строго формализованный фактический состав правоотношения на стыке административного, хозяйственного и гражданского прав. Поэтому для возникновения договорного обязательства в результате торгов **необходимо** наличие всей совокупности юридических фактов (этапов закупки), которые совершаются в определенной четкой последовательности, установленной законодательством для определения победителя торгов и подписание с ним договора.