

УДК 347.440.44

Зайцев Олексій Леонідович

кандидат юридичних наук, доцент, завідувач кафедри цивільно-правових дисциплін факультету № 4 Харківського національного університету внутрішніх справ; <http://orcid.org/0000-0001-9530-3941>; +380677269022

ПРОБЛЕМИ ДЕРЖАВНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ УКРАЇНИ

Тендерні процедури починаються зі створення ТК в складі Замовника. Згідно п. 31 "Про Публічні закупівлі" (далі Закону) тендерний комітет - службові (посадові) та інші особи замовника, призначені відповідальними за організацію та проведення процедур закупівлі відповідно до Закону та наказу Мінекономіки от 30.03.2016 р. № 557 «Про затвердження Примірною положення про тендерний комітет або уповноважену особу (осіб)».

Згідно п. 1.2. Положення, тендерний комітет - це службові (посадові) та інші особи замовника, призначені відповідальними за організацію та проведення процедур закупівлі відповідно до Закону. У свою чергу, уповноважена особа (особи) - це службове, посадова і інша фізична особа замовника, призначена відповідальною за організацію та проведення процедур закупівлі відповідно до Закону на підставі власного розпорядчого рішення або трудового договору (контракту). Положення ніяк не регулює питання, чи може на ПОУ одночасно діяти ТК і уповноважена особа? Такий дуалізм різних квазісуб'єктів правовідносин з одними і тими ж правами явно не спрямований на однакове врегулювання тендерних процедур.

Склад ТК, зміни в складі та положення про ТК затверджуються рішенням замовника. До складу ТК повинні входити не менше п'яти осіб. У разі, якщо кількість службових (посадових) осіб у штатній чисельності працівників замовника є меншою п'яти осіб, до складу ТК повинні входити всі службові (посадові) особи замовника. Явний недолік Положення - це відсутність вимог до персонального складу ТК з точки зору здійснення посадових повноважень.

Керівництво роботою ТК здійснює його голова, який призначається замовником і може мати право (а на думку автора - зобов'язаний) на підписання договорів в разі надання таких повноважень замовником, оформлених відповідно до законодавства. Голова ТК призначає заступника (заступників) голови, секретаря з числа членів ТК та визначає функції кожного члена ТК. Рішення голови ТК за призначенням заступника (заступників) голови та секретаря ТК, визначення функцій кожного члена ТК та вирішення інших питань заносяться до протоколу засідання ТК.

Голова, секретар та інші члени ТК можуть пройти навчання з питань організації та здійснення закупівель. На наш погляд така норма є неприпустимою. Згідно ст. 164-14 КУпАП України «Порушення законодавства про закупівлі тягне за собою накладення штрафу на службових (посадових), уповноважених осіб від семисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Ті самі дії, вчинені повторно протягом року після накладення адміністративного стягнення за одне з правопорушень, зазначених у частині першій цієї статті, - тягнуть за собою накладення штрафу на службових (посадових), уповноважених осіб від тисячі до тисячі п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян ». Тому слід було б передбачити обов'язковість навчання членів тендерного комітету з отриманням диплома (сертифіката) державного зразка. Більш детально це питання досліджувалося автором в публікації «Створення тендерного комітету на підприємстві»¹.

Безпосередньо процес закупівлі починається з розробки та затвердження на засіданні ТК річного плану закупівель. Наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України «Про затвердження форм документів у сфері публічних закупівель» від 22.03.2016 р № 490 затверджено форму Річного

¹ 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.

плану закупівель. Слід відразу зазначити не автентичність і розбіжність категорій «предмет закупівлі» і «предмет договору». Не вдаючись в проблеми визначення поняття «предмет договору», яку досліджував І. В. Стрижак, відзначимо, що предмет договору закупівлі - це його єдина істотна умова, яке прямо передбачено ЦК України в загальних положеннях про договір.

Недосконалість національної процедури полягає в тому, що законодавець не передбачив тимчасові рамки для ТК зі складання річного плану, відповідальності за нездійснення публікації річного плану на власних ресурсах, процедуру узгодження річного плану з основним розпорядником коштів тощо. Для майбутнього договору цей етап має важливе значення, оскільки саме в Річному плані вказується найменування предмета закупівлі - товари, роботи чи послуги, які закуповуються замовником.

Протягом усієї процедури торгів Замовник самостійно і безкоштовно через авторизовані електронні майданчики публікує на веб-порталі Уповноваженого органу в порядку, встановленому уповноваженим органом і Законом, інформацію про закупівлю, а саме: оголошення про проведення процедури закупівлі та тендерну документацію. Відповідальність за повноту і достовірність публікацій на веб-порталі Уповноваженого органу несуть голова та секретар ТК замовника або уповноважена особа (особи).

Недоліки такого підходу законодавця очевидні. По-перше, не враховується співвідношення робочих і неробочих днів. По-друге, в багатьох випадках терміни необґрунтовано скорочені до одного дня. По-третє, не враховується можливість відсутності з поважних причин членів ТК, що призведе до неопублікованого перерахованої інформації. По-четверте, відсутній механізм виправлення механічних опісок і технічних помилок. По-п'яте, банальні технічні проблеми - відсутність інтернет-зв'язку, втрата зв'язку з електронним майданчиком і т. д.

Вінчає процедуру закупівлі договір про закупівлю - договір, що укладається між замовником і учасником за результатами проведення

процедури закупівлі, та передбачає надання послуг, виконання робіт або набуття права власності на товари. Повідомлення про намір укласти договір про закупівлю оприлюднюється протягом одного робочого дня з дня прийняття рішення про визначення переможця процедури закупівлі, а договір про закупівлю - протягом двох днів з дня його укладення. Договір про закупівлю укладається відповідно до норм Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України з урахуванням особливостей, визначених Законом.

До 07.12.2012 р діяв Наказ Міністерства економіки «Про затвердження Типового договору про закупівлю товарів (робіт або послуг) за Державні кошти» від 27.07.2010 р № 925. У наш час форма як проекту, так і самого договору залишається питанням не врегульованим, що викликає зацікавленість наукового пошуку в цьому напрямку.

Істотними умовами договору є: умови про предмет договору; умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду; всі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї зі сторін має бути досягнуто згоди.

Сторони договору про закупівлю досягають згоди шляхом проведення процедури закупівлі. Тобто коли замовник включив умови в проект договору, ґрунтуючись на нормах абз. 1 ч. 1 ст. 638 ЦК України, такі умови і є умовами, щодо яких, на думку замовника, має бути досягнуто згоди. Якщо учасник подав тендерну пропозицію, в якому погодився з проектом договору, і був визнаний переможцем процедури закупівлі, він повинен укласти договір про закупівлю, зміст якого не повинно суперечити включеному до тендерної документації проекту договору про закупівлю. У той же час договори про закупівлю за результатами застосування переговорної процедури закупівлі полягають в особливому порядку. Адже в ст. 35 Закону немає чіткої вимоги про обов'язок замовника погоджувати з учасником (учасниками) під час переговорів проект договору. Відповідно до ч. 3 ст. 631 ГК України сторони можуть встановити, що умови договору застосовуються до відносин між ними, які виникли до його укладення. А на зобов'язання, що виникли у сторін до укладення ними

господарського договору, не поширюються умови укладеного договору, якщо інше не встановлено договором (ч. 7 ст. 180 ЦК України). Однак застосувати цю норму можна тільки тоді, коли сторони договору вступають в стосунки ще до моменту його укладення. У той же час договір про закупівлю відповідно до Закону укладається за результатами проведення процедур закупівель. Під час тендерних процедур та проводиться конкурентний відбір учасників для визначення переможця торгів. Виняток у цій ситуації становить переговорна процедура закупівель, яка передбачає укладення договору без проведення конкурсного відбору. Таким чином, тільки в разі укладення договору за результатами переговорної процедури сторони можуть встановити, що умови договору застосовуються до відносин між ними, які виникли до його укладення.

Відповідно до абз. 1 ч. 1 ст. 638 ЦК України договір вважається укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Договір про закупівлю можливий і в електронній формі. Стаття 205 ЦК України визначає, що правочин може вчинятися усно або в письмовій (електронній) формі. Сторони мають право обирати форму правочину, якщо інше не встановлено законом. Як бачимо, дотримуючись норм ЦК, який передбачає можливість укладення договорів в електронній формі, замовник і переможець торгів можуть укладати договори про закупівлю в електронній формі, якщо мають для цього відповідні технічні та організаційно-правові передумови.

Недоліки цього етапу наступні. По-перше, договір про закупівлю не є «результатом процедури закупівлі» тому, що центральний орган виконавчої влади, який реалізує державну політику у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів до здійснення оплати за договорами про закупівлю перевіряє наявність та відповідність укладеного договору про закупівлю за звітом про результати проведення процедури закупівлі та річному плану закупівель. Тобто договір про закупівлю повинен відповідати звіту про закупівлі, а не навпаки. А звіт і буде «результатом процедури закупівлі».

Виконання договору здійснюється за загальними правилами Цивільного та Господарського кодексів України. Виходячи з особливостей бюджетного законодавства замовник державних закупівель знаходиться в переважному перед контрагентами стані: ціна договору може змінюватися тільки в сторону зменшення; продукцію замовник може отримувати в обсягах фінансування, а не зазначених у договорі; оплата може здійснюватися не раніше 90 днів з моменту подачі документів на оплату і т. д.

Як висновок ми можемо констатувати, що торги являють собою жорсткий і строго формалізований фактичний склад правовідносини на перехресті адміністративного, господарського та цивільного прав. Тому для виникнення договірної зобов'язання в результаті торгів необхідна наявність всієї сукупності юридичних фактів, які відбуваються в певній чіткій послідовності, встановленої законодавством для визначення переможця торгів і підписання з ним договору.