

ПРИНЦИП НЕДИСКРИМІНАЦІЇ ЯК ОСНОВА АДМІНІСТРАТИВНО-ПРАВОВОЇ ПРОЦЕДУРИ ВИЗНАЧЕННЯ ПЕРЕМОЖЦЯ ПУБЛІЧНОЇ ЗАКУПІВЛІ

THE PRINCIPLE OF NON-DISCRIMINATION AS A BASIS FOR ADMINISTRATIVE AND LEGAL PROCEDURES TO DETERMINE THE WINNER OF A PUBLIC PROCUREMENT

Костенко О.М.,
аспірант

Дніпропетровського державного університету внутрішніх справ

У статті проводиться порівняльно-правовий аналіз законодавства України та ЄС у сфері публічних закупівель щодо порядку і процедури визначення переможця публічних закупівель. На підставі даного аналізу проведено логічний взаємозв'язок понять: «недискримінаційні вимоги», «кваліфікаційні критерії», «вимоги до тендерної документації». Наведено пропозиції щодо вдосконалення законодавства у сфері дотримання принципу недискримінації під час проведення процедури публічних закупівель.

Ключові слова: тендерна документація, тендерна пропозиція, принципи здійснення закупівель, недискримінація учасників, кваліфікаційні критерії, відхилення тендерної пропозиції, технічна специфікація.

В статье проводится сравнительно-правовой анализ законодательства Украины и ЕС в сфере публичных закупок касательно порядка и процедуры определения победителя публичных закупок. На основании данного анализа проведена логическую взаимосвязь понятий: «недискриминационные требования», «квалификационные критерии», «требования тендерной документации». Приведены предложения по совершенствованию законодательства относительно соблюдения принципа недискриминации при проведении процедуры публичных закупок.

Ключевые слова: тендерная документация, тендерное предложение, принципы осуществления закупок, недискриминация участников, квалификационные критерии, отклонение тендерного предложения, техническая спецификация.

The article comparative legal analysis of the legislation of Ukraine and the EU public procurement on the procedure for determining the winner of public procurement. Based on this analysis conducted logical relationship terms «non-discriminatory requirements», «qualifying criteria», «requirements in the tender documents». The article includes an example of the definition of «discrimination in public procurement». The article presents proposals to improve legislation on the principle of non-discrimination during the procedure of public procurement. Also consider the possibility of restrictions winner selection criteria.

Key words: tender documents, tender, procurement principles, non-discrimination of participants qualifying criteria for rejection of the tender offer, technical specification.

Постановка проблеми та її актуальність. На даному етапі розвитку правовідносин, пов'язаних із публічними закупівлями в Україні, важливо створити умови для прозорої, конкурентної боротьби під час укладання закупівельних угод. Основою для забезпечення конкурентної боротьби є наявність законодавчої бази, яка чітко регламентує порядок визначення переможця та визначає, які дії є дискримінаційними по відношенню до суб'єктів процедури публічних закупівель. Проблема дотримання принципу недискримінації є актуальною як з огляду на необхідність імплементації до законодавства України вимог міжнародно-правових актів, так і з огляду на вітчизняну практику.

Метою статті є визначення недоліків діючого законодавства, якими можуть користуватись замовники та учасники публічних закупівель для отримання неконкурентних переваг під час визначення переможця закупівлі, а також дослідження можливостей законодавчого усунення або мінімізації таких недоліків.

Науковою новизною дослідження є пропозиції автора щодо вдосконалення законодавства України з метою запобігання встановленню дискримінаційних вимог під час процедури публічних закупівель.

Аналіз публікацій, в яких започатковано розв'язання даної проблеми. Останні роки вітчизняні та зарубіжні науковці, такі як А. Андреева, С.Бруун-Нільсен, І. Влялько, Л. Гарольд, О. Кулак, О. Критенко, К. Кузнецов, А. Ладягін, В. Ляшенко, В. Малочко, В. Морозов, В. Муравйов, О. Овсянюк–Бердадіна, Н. Осадча, Я. Петруненко, В. Смиринський, Н. Ткаченко, Т. Уіслон, Ю. Уманців, Ю. Фалко, І. Школьник, О. Шатковський, приділяють значну увагу дослідженню та реформуванню публічних закупівель. Однак питання щодо принципу недискримінації учасників процедур публічних закупівель маловивчене і потребує додаткових досліджень.

Виклад основного матеріалу. Принцип недискримінації учасників закріплений у статті 5 Закону України «Про публічні закупівлі», згідно з якою замовник не може встановлювати дискримінаційні вимоги до учасників. У статті також зазначено, що вітчизняні та іноземні учасники всіх форм власності та організаційно-правових форм беруть участь у процедурах закупівель на рівних умовах. Однак Закон України «Про публічні закупівлі» не містить визначення поняття «дискримінаційні вимоги», проте розкриває зміст принципу шляхом наведення окремих ознак та прикладів реалізації принципу недискримінації.

Так, у частині 3 статті 12 Закону України «Про публічні закупівлі» зазначено, що електронна система закупівель повинна бути загальнодоступною та гарантувати недискримінацію, рівні права під час реєстрації всім заінтересованим особам та рівний доступ до інформації всім особам, обмін і збереження інформації та документів має відбуватися з гарантуванням непорушності даних про учасників і їхніх пропозицій під час проведення процедури закупівлі та їх конфіденційність до моменту розкриття тендерних пропозицій.

Відповідно до пункту 3 частини 2 статті 22 Закону України «Про публічні закупівлі» тендерна документація повинна містити: інформацію про необхідні технічні, якісні та кількісні характеристики предмета закупівлі, в тому числі відповідну технічну специфікацію (в разі потреби – плани, креслення, малюнки чи опис предмета закупівлі). При цьому технічна специфікація повинна містити: детальний опис товарів, робіт, послуг, що закуповуються, в тому числі їх технічні та якісні характеристики; вимоги щодо технічних і функціональних характеристик предмета закупівлі в разі, якщо опис скласти неможливо або якщо доцільніше зазначити такі показники; посилання на стандартні характеристики, вимоги, умовні позначення та термінологію, пов'язану з товарами, роботами чи по-

слугами, що закуповуються, передбачені існуючими міжнародними або національними стандартами, нормами та правилами, технічна специфікація не повинна містити посилання на конкретну торговельну марку чи фірму, патент, конструкцію або тип предмета закупівлі, джерело його походження або виробника. У разі якщо таке посилання є необхідним, воно повинно бути обґрунтованим, а специфікація повинна містити вираз «або еквівалент». Технічні, якісні, кількісні характеристики предмета закупівлі повинні передбачати необхідність застосування заходів із захисту довкілля [1, с. 11].

Відсутність у законодавстві єдиного визначення поняття «дискримінаційні вимоги» призводить до суперечностей у його розумінні.

Наприклад, у пункті 6 статті 151 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, вказано, що під час опису характеристик робіт, товарів або послуг замовники повинні користуватися загальним описом технічних та якісних характеристик і функцій, а також міжнародними, європейськими або національними стандартами.

Також пунктом 7 статті 151 Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони, зазначено, що опис характеристик робіт, товарів або послуг не повинен містити посилання на конкретні марку чи виробника або на конкретний процес чи на торговельну марку, патенти, типи або конкретне місце походження чи способи виробництва, крім випадків, коли відповідне посилання обґрунтовується предметом контракту та супроводжується словами «або еквівалент». Перевага має надаватися використанню загальних описів технічних та якісних характеристик чи функцій.

Таким чином, частина 3 статті 12 Закону України «Про публічні закупівлі» містить вимогу детального опису товарів у технічній специфікації, що суперечить Угоді про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським союзом, Європейським співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої.

Варто зазначити, що на думку Маргарити Маслової, дискримінація у сфері держзакупівель – це суб'єктивне ставлення замовника торгів до учасників, метою чи наслідком якого є обмеження, позбавлення передбачених законом прав, надання переваг на підставі ознак, які не мають раціонального обґрунтування або не є об'єктивно виправданими [2, с. 40].

Про можливість використання «занадто» детального опису товарів у специфікаціях свідчить також практика розгляду скарг щодо закупівель товарів, робіт, послуг за бюджетні кошти.

Наприклад, у справі № 920/55/17 від 22.03.2017 суд зазначає, що замовником не обґрунтовано необхідність закупівлі саме зазначеної марки техніки, хоч і передбачено можливість поставки еквівалента та проведення обстеження техніки, не визначено порядок проведення обстеження, критерії оцінки, що може свідчити про суб'єктивний характер такого обстеження та встановлення додаткових вимог, не передбачених Законом [3].

Постійно діюча адміністративна колегія Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері державних закупівель визнавала дискримінаційними деякі умови, які замовник прописав у ДКТ. Зокрема, для підтвердження наявності обладнання та матеріально-технічної бази учасники процедури закупівлі в складі своїх пропозицій мали надати «довідку довільної форми про обладнання із зазначенням типу обладнання, моделі, року випуску, кількості та стану, а також обов'язково зазначити, власне воно чи орендоване (інформація має бути підписана керівником та завірена

печаткою)». Виходить, що зазначену вимогу тендерної документації зможуть виконати лише ті учасники, які мають, зокрема, власний чи орендований транспорт. А це обмежує право участі у процедурі закупівлі інших суб'єктів господарювання, які планують постачати товар із залученням організацій, що здійснюють перевезення вантажів, зокрема на підставі укладеного договору на перевезення із транспортною організацією [4, с. 50].

У деяких випадках замовники вимагають документацію, не передбачену законодавством, що призводить до дискримінації учасників. Наприклад, рішення Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері державних закупівель, в якому зазначено відомості про замовника, який вимагав подачі документації, яка жодним чином не може вплинути на визначення переможця, проте може стати підставою для відхилення поданих учасниками пропозиції, а саме фотографії предмета закупівлі з усіх боків, незважаючи на наявність якісних, кількісних та технічних характеристик продукції [5].

На думку Стіна Брууна-Нільсена, технічна специфікація є важливим елементом тендерної документації, яка надається учасникам тендеру і на основі якої вони готують свої пропозиції.

Такі специфікації мають бути об'єктивними, не надаючи переваг жодному з учасників. Тільки тоді пропозиції будуть конкурентними та придатними для порівняння і оцінки.

Директиви ЄС вимагають, щоб закупівельні організації використовували технічні специфікації, засновані виключно на європейських чи міжнародних стандартах.

Метою цього є забезпечення високого ступеня відповідності пропозиції заявника інтересам ринку, в тому числі міжнародному. Для зручності та заохочення участі заявники також можуть використовувати у своїх пропозиціях альтернативні стандарти за умови, що їхня відповідність європейським міжнародним стандартам може бути задокументована.

Можливі також ситуації, коли замість конкретного технічного рішення в закупівельному договорі описана проблема, яку потрібно вирішити, і бажані результати. У цих випадках учасники торгів мають можливість використати свій інноваційний потенціал та технічні ноу-хау для розробки оптимального підходу. Із цих причин допускається використання функціональних та експлуатаційних вимог як альтернативи технічним специфікаціям у звичному вигляді. [6, с. 20–24].

Відповідно до Закону України «Про публічні закупівлі» замовник може встановлювати обмежений перелік кваліфікаційних критеріїв. Так, замовники можуть встановлювати вимоги щодо наявності: обладнання та матеріально-технічної бази (1), працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід (2), наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного договору (3) [1, с. 14].

Кваліфікаційні критерії є однією з форм виявлення принципу недискримінації. Аналізуючи ці критерії, слід звернути увагу, що перевага тим чи тим учасникам торгів може бути надана завдяки встановленим замовником у тендерній документації вимогам. Однак досліджувати кожен із цих пунктів потрібно окремо, оскільки всі вимоги в тендерній документації замовника в будь-якому разі є суб'єктивними.

Отже, існує необхідність у встановленні додаткових гарантій для захисту учасників тендеру від дискримінаційних вимог, які виявляються у кваліфікаційних критеріях, що не мають раціонального обґрунтування або не є об'єктивно виправданими.

Відповідно до Угоди про державні закупівлі 15.04.1994, до якої приєдналась і Україна, з метою розгляду питання про можливе укладення контракту, тендерна пропозиція

повинна на час її розкриття відповідати істотним вимогам повідомлень або тендерної документації та бути представленою постачальником, який відповідає умовам щодо участі. Якщо організація одержала пропозицію, яка є значно нижчою, ніж інші представлені пропозиції, вона має право вимагати від такого учасника тендеру гарантії того, що він може виконувати умови участі і є здатним до виконання умов контракту [7].

Зважаючи на набутий досвід, також є необхідність коригувати правила, що регулюють динамічні системи закупівель, із тим, щоб замовники повною мірою могли скористатися можливостями, надаваними за допомогою цього інструменту. Системи повинні бути спрощені; зокрема вони повинні працювати у вигляді обмеженої процедури, отже, усуваючи необхідність індикативних пропозицій, пов'язаних з динамічними системами закупівель. Таким чином, будь-якому суб'єкту господарювання, який подає заявку на участь у торгах та відповідає критеріям відбору, слід дозволити брати участь у процедурах закупівель, здійснюваних через динамічну систему оплати протягом терміну її дії. Цей метод закупівель дозволяє замовнику отримати особливо широкий спектр конкурсних пропозицій і, отже, забезпечити оптимальне використання державних коштів, залучивши широку конкуренцію із загально використуваних готових продуктів, робіт або послугах, які зазвичай доступні на ринку.

Багато учасників публічної закупівлі виявляють, що основна перешкода на шляху їхньої участі в державних закупівлях полягає в адміністративному навантаженні, створеному необхідністю надавати значну кількість сертифікатів або інших документів, пов'язаних із процедурами відмови в участі і критеріями відбору. Обмеження таких вимог, наприклад завдяки застосуванню Єдиного європейського документа щодо закупівель (ЄЄДЗ) (European

Single Procurement Document (ЄЄДЗ)), який складається з оновленої самостійної декларації, може сприяти значному спрощенню в інтересах як замовників, так і суб'єктів господарювання. Учасник процедури закупівлі, якому було вирішено присудити контракт, повинен, однак, надати відповідне підтвердження, і замовники не повинні укладати контракти з учасниками, які не можуть цього зробити [8, ст. 74].

Висновки. Важливим кроком до зменшення порушень під час проведення публічних закупівель стане імплементація до українського законодавства положень про те, що під час опису характеристик робіт, товарів або послуг замовники повинні користуватися загальним описом технічних та якісних характеристик і функцій, а також міжнародними, європейськими або національними стандартами. Також, на нашу думку, необхідно законодавчо закріпити поняття дискримінаційні вимоги.

Аналізуючи кваліфікаційні критерії, слід звернути увагу, що перевага учасникам торгів може бути надана завдяки встановленим замовником у тендерній документації вимогам, тому законодавець повинен конкретизувати вимоги до кваліфікаційних критеріїв, які встановлює замовник. Варто зазначити, що створення єдиної законодавчо закріпленої бази щодо визначення кваліфікаційних критеріїв є важливою формою виявлення принципу недискримінації під час адміністративно-правової процедури визначення переможця публічної закупівлі.

Отже, на сьогодні існує необхідність у встановленні додаткових гарантій для захисту учасників тендеру від дискримінаційних вимог, які виявляються у кваліфікаційних критеріях, що не мають раціонального обґрунтування або не є об'єктивно виправданими, шляхом законодавчого визначення терміну «дискримінаційні вимоги» та встановлення обмежень для критеріїв відбору переможця.

СПИСОК ВИКОРИСТАНИХ ДЖЕРЕЛ:

1. Про публічні закупівлі: за станом на 10 груд. 2016 р. / Верховна рада України. – Офіц. вид. – Київ: Офіційний вісник України від 20.12.2016, № 98, стор. 30, стаття 3181.
2. Маслова. М. Кваліфікаційні критерії: що таке дискримінаційні умови / М. Маслова // Держзакупівлі. – 2015 – № 2 – С. 40.
3. Єдиний державний реєстр судових рішень [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.reyestr.court.gov.ua/Review/65504597>.
4. Дуброва Я. Дискримінаційні умови в ДКТ: аналіз рішень АМКУ / Я. Дуброва // Держзакупівлі. – 2016 – № 6 – С. 50.
5. Рішення Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері державних закупівель № 2159-р/пк-ск від 24.11.2016 [Електронний ресурс]. – Режим доступу: <http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=131612&schema=main>
6. Стін Бруун-Нільсен Державні закупівлі сьогодні і в майбутньому / С. Бруун-Нільсен // Держзакупівлі. – 2016 – № 7 – С. 20–24.
7. Про державні закупівлі. Угода. Приєднання України від 16.03.2016 / Верховна рада України. – Офіц. вид. – Київ: Офіційний вісник України від 15.04.2016, № 28, стор. 70, стаття 1105.
8. Про здійснення державних закупівель. Директива ЄС від 26.02.2014 р. № 2014/24/ЄС // Збірник директив ЄС з питань державних закупівель. – 2015. – № 1. – Ст. 74.