

The principle of non-discrimination of participants in public procurement: international obligations and national economic interests

Принцип недискримінації учасників у публічних закупівлях: міжнародні зобов'язання та національні економічні інтереси

Anton Soshnikov

Key words:

public procurements, preferences, non-discrimination principle, WTO, protectionism, national interests, domestic producer, national regime.

Ключові слова:

публічні закупівлі, преференції, принцип недискримінації, СОТ, протекціонізм, національні інтереси, вітчизняний виробник, національний режим.

Останніми роками багато уваги в Україні приділяється створенню та реалізації повноцінної економічної політики держави, важливою складовою частиною якої є публічні закупівлі. Роль публічних закупівель досить важлива в межах інтеграційного процесу України до європейського економічного простору. Н.В. Осадча, В.І. Ляшенко розглядають публічні закупівлі в п'ятірці основних пріоритетних складників, що сприятимуть розширеній інтеграції¹. Наразі в Україні публічні закупівлі перебувають на стадії становлення і розвитку, що і зумовлює постійні інституційні перетворення у відповідній сфері. Недискримінація учасників і відсутність дискримінаційних умов – це загальноприйнятні принципи у сфері публічних закупівель, які покликані створити передумови рівності учасників на всіх рівнях.

Питанню недискримінації учасників як принципу публічних закупівель приділяли увагу вітчизняні й іноземні дослідники: Н.В. Осадча, В.І. Ляшенко, А.Б. Павловський, О.С. Мельников, А.О. Олефір, С.В. Нагачевський, В.Р. Сливенко, В.І. Василичук, М.Г. Риков, М.С. Письменна, Л.І. Федулова, Г.А. Харченко, Б.В. Деревянко, Г.В. Смолин, О.А. Туркот, Ю.В. Фалко, О.О. Підмогильний, О.Л. Юдіцький, О.С. Бабанін, Я.В. Петруненко, О.М. Шевчук, І.М. Нестругіна та ін. Наразі відсутній єдиний підхід серед науковців та експертів у частині виконання національного режиму для товарів, робіт, послуг та іноземних постачальників у публічних закупівлях.

Метою статті є аналіз підходів до реалізації на практиці принципу недискримінації учасників у публічних закупівлях, виходячи зі взятих Україною міжнародних зобов'язань (у межах СОТ) і забезпечення національних економічних інтересів (т. зв. «економічний націоналізм»).

Частина науковців розглядають відсутність дискримінації у публічних закупівлях тільки через призму національного режиму та режиму найбільшого сприяння, але відповідна кваліфікація має обмежений характер та не включає, наприклад, випадки дискримінації замовником окремих вітчизняних постачальників. З огляду на це доцільним вбачається аналіз юридичної доктрини щодо визначення правової природи дискримінації у сфері публічних закупівель.

Головною вимогою Угоди про державні закупівлі є застосування до імпорتنих товарів, послуг та іноземних постачальників національного режиму та режиму найбільшого сприяння. Таким чином, ця вимога виключає надання будь-яких преференцій внутрішнім постачальникам і забороняє проведення будь-якої дискримінаційної політики щодо закордонного товару або постачальника².

Враховуючи міжнародні зобов'язання, знаходить своє відображення принцип недискримінації учасників. Чинне українське законодавство, зокрема ст. 3 Закону України «Про публічні закупівлі» від 25 грудня

¹ Осадча Н.В., Ляшенко В.І. Цілі, завдання та принципи регуляторної політики в митній сфері. Економічний вісник Донбасу. 2010. № 1 (19). С. 69.

² Павловський А.Б. Принципи державних закупівель: вітчизняна практика та міжнародний досвід. Право та управління. 2012. № 1. С. 374–391. URL: http://www.nbu.gov.ua/e-journals/prtup/2012_1/pavlovs.pdf.

2015 р. № 922-VIII, закріплює, що закупівлі здійснюються за принципами: добросовісної конкуренції серед учасників; максимальної економії й ефективності; відкритості і прозорості на всіх стадіях закупівель; недискримінації учасників; об'єктивної та неупередженої оцінки тендерних пропозицій; запобігання корупційним діям і зловживанням³. У свою чергу, ст. 5 Закону України «Про публічні закупівлі» встановлює, що вітчизняні та іноземні учасники всіх форм власності й організаційно-правових форм беруть участь у процедурах закупівель на рівних умовах. Замовники забезпечують вільний доступ усіх учасників до інформації про закупівлю, передбаченої Законом України «Про публічні закупівлі». Також забороняється встановлювати дискримінаційні вимоги до учасників.

Частина науковців досить критично ставиться до рівнозначного доступу до публічних закупівель як вітчизняних, так і іноземних учасників. А.О. Олефір вважає шкідливим із погляду захисту національних економічних інтересів запровадження принципу абсолютною рівної участі вітчизняних та іноземних постачальників у конкурсних торгах⁴. Витрати державних коштів мають спрямовуватися на підтримку вітчизняних суб'єктів господарювання – виробників товарів, робіт, послуг, що закуповуються державними підприємствами. Тобто державні кошти, крім того, що залишаються у країні, ще й повинні стимулювати виробників до підвищення якості продукції на основі об'єктивної конкуренції під час публічних закупівель⁵. С.В. Нагачевський також наголошує на залученні до закупівель саме вітчизняних виробників⁶. Ю.В. Фалко, аналізуючи міжнародний досвід, стверджує, що встановлення преференцій для місцевих виробників зумовлене прагненням підвищити прибуткові надходження до місцевого бюджету⁷.

Окремі автори пропонують передбачати пільги для вітчизняних виробників⁸ та обґрунтовують необхідність введення для них преференцій (т. зв. «преференційна поправка»). Основна мета – підтримка вітчизняного виробника. В.Р. Сливенко пропонує закріпити в законодавстві поняття «національний виробник» – фізична чи юридична особа, яка здійснює на території України виробництво товарів, виконання робіт чи надання послуг, здійснення закупівель у яких ставилось в обов'язок замовникам⁹. О.С. Мельников наголошує на необхідності створення механізмів для підтримки участі малих підприємств і підприємств із депресивних регіонів на ринку публічних закупівель¹⁰. М.С. Письменна також зазначає, що регулювання публічних закупівель має здійснюватися таким чином, щоб підтримувати і розвивати вітчизняне виробництво, зокрема шляхом встановлення преференцій для вітчизняних постачальників¹¹.

Цю позицію також підтверджує аналіз досвіду окремих держав. Так, наприклад, у США у разі надходження рівнозначних комерційних пропозицій від національних виробників і потенційних зарубіжних партнерів перевага завжди віддається американським суб'єктам господарювання. Важливою особливістю тендерного законодавства Об'єднаних Арабських Еміратів є право участі в тендерах іноземних компаній лише в тому разі, якщо вони представлені національним суб'єктом Об'єднаних Арабських Еміратів, місцевою компанією – агентом або спільним підприємством із часткою суб'єктів Об'єднаних Арабських Еміратів не менше 51%. Це положення не розповсюджується лише на специфічні поставки для потреб Збройних сил, а також на випадки, коли іноземний виробник забезпечує постачання продукції «рідкісної спеціалізації» безпосередньо за домовленістю з урядовими структурами. В Аргентині в національному законодавстві відсутні норми щодо здійснення закупівель товарів для державних потреб,

³ Про публічні закупівлі: Закон України від 25 грудня 2015 р. № 922-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 9. Ст. 89.

⁴ Олефір А.О. Безперспективність розвитку інституту державних закупівель як перша якість сучасної господарсько-правової політики. Форум права. 2012. № 3. С. 491. URL: <http://www.nbu.gov.ua/ejournals/FP/2012-3/12oaogpp.pdf>.

⁵ Деревянко Б.В., Смолин Г.В., Туркот О.А. Окремі шляхи боротьби із порушеннями у сфері публічних закупівель. Прикарпатський юридичний вісник. 2017. Вип. 5 (20). С. 66.

⁶ Нагачевський С.В. Організація державної закупівлі товарів, робіт й послуг як механізм використання бюджетних коштів. Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія економічна. 2012. Вип. 1. С. 126. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvldu_e_2012_1_15.

⁷ Фалко Ю.В. Організація державних закупівель: зарубіжний досвід та практика України. Університетські наукові записки. 2014. № 1. С. 261–269. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2014_1_35.

⁸ Федулова Л.І. Харченко Г.А. Державні закупівлі як засіб стимулювання інноваційної діяльності. Стратегічні пріоритети. 2011. № 3(20). С. 73.

⁹ Сливенко В.Р., Василичук В.І., Риков М.Г. Особливості змін законодавства про державні закупівлі та їх використання підрозділами ДСБЕЗ МВС України для протидії злочинам у зазначеній сфері. Право і суспільство. 2011. № 1. С. 29. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Pis_2011_1_8.pdf.

¹⁰ Мельников О.С. Організація системи державних закупівель в країнах ЄС. Теорія та практика державного управління. 2012. Вип. 3. С. 439. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Trpu_2012_3_60.

¹¹ Письменна М.С. Роль державного замовлення в економічному розвитку країни. Незалежний аудитор. 2013. № 4. С. 46–50. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Na_2013_4_9.

де-юре пріоритет національному виробнику в цій сфері не надається, але якщо кошторисна вартість проекту в аргентинського резидента перевищує аналогічний показник іноземного резидента на 5–10%, то перевага в тендері віддається місцевому суб'єктові господарювання¹².

Аналогічної думки дотримується також і О.О. Підмогильний, який пропонує ввести для підтримки вітчизняного виробника (насамперед підприємств-інвалідів, петенціарної системи) преференції у розмірі 15% від ціни пропозиції, а у разі закупівлі послуг або робіт, що здійснюються на території України, – надати замовнику право вимагати від учасника-нерезидента виконання цих послуг або робіт із використанням вітчизняних матеріалів і сировини, робочих ресурсів і засобів¹³. Відповідне зобов'язання необхідно передбачити не на рівні замовника (у конкретній тендерній документації), а на рівні законодавчого акта, а вже відповідне документальне підтвердження повинен визначати конкретний замовник, враховуючи особливості відповідної закупівлі.

Оскільки основним принципом здійснення публічних (державних) закупівель у Федеративній Республіці Німеччина є принцип економічної змагальності, і відповідно до закону здійснюється оплата найбільш «економічної» пропозиції, то ставлення до будь-якого виду преференції тут негативне¹⁴.

Окремі дослідники вважають недоцільним запроваджувати пільговий (преференційний) режим – непряму форму державної підтримки – для вітчизняних виробників, що використовують працю ув'язнених чи інвалідів, через непрозорість таких способів державної підтримки та неможливість чіткого регулювання її обсягів. Якщо, наприклад, законодавство надає перевагу певній категорії постачальників, що виражається в тому, що вони можуть бути визнані переможцями, навіть якщо запропонована ними ціна, скажімо, на 10% вища за ціну конкурента, то обсяг бюджетної допомоги залежить не від рішення законодавця, а від ціни контракту¹⁵. Необхідно погодитися з авторською позицією, оскільки надання прямих преференцій є порушенням міжнародних зобов'язань.

Ч. 2 ст. 16 Закону України «Про публічні закупівлі» передбачає, що Замовник установлює один або декілька з таких кваліфікаційних критеріїв: наявність обладнання та матеріально-технічної бази; наявність працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід; наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного договору¹⁶. Попередня редакція Закону України «Про здійснення державних закупівель», а саме ст. 16 «Кваліфікаційні критерії», передбачала вимогу до учасників закупівель щодо наявності обладнання та матеріально-технічної бази, у т. ч. власних виробничих потужностей та / або центрів обслуговування на території України¹⁷. Деякі експерти вважають, що відповідне положення закріплювало «приховану дискримінацію». Така інтерпретація виглядає досить дискусійною, оскільки, крім економії публічних коштів у здійсненні закупівель, держава повинна дбати про розвиток вітчизняної економіки й окремих галузей, які забезпечують надходження податків, зайнятість населення (створення нових робочих місць, конкуренту оплати праці), розвиток громад. Також доцільно передбачити положення у діючому законодавстві, право Уряду дозволяти не дотримуватися цього кваліфікаційного критерію для окремих галузей економіки чи окремих закупівельних процедур.

Для підтримки національних виробників окремі науковці пропонують запозичити вірменський досвід нетарифного захисту внутрішнього ринку, а саме вимог щодо наявності вірменомовної документації, вірменомовного програмного забезпечення, клавіатур тощо, які непрямо підтримують національних (вірменських) виробників¹⁸.

¹² Юдіцький О.Л. Захист вітчизняного товаровиробника при здійсненні державних закупівель: зарубіжний досвід. Держава і право. 2011. № 51. С. 417–419.

¹³ Підмогильний О.О. Реалізація державної політики щодо функціонування системи закупівель за державні кошти в Україні: аналіз поточного стану та пріоритетні напрями удосконалення механізмів регулювання. Інвестиції: практика та досвід. 2012. № 9. С. 124.

¹⁴ Мельников О.С. Організація системи державних закупівель в країнах ЄС. Теорія та практика державного управління. 2012. Вип. 3. С. 433–440. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Trpu_2012_3_60.

¹⁵ Фалко Ю.В. Організація державних закупівель: зарубіжний досвід та практика України. Університетські наукові записки. 2014. № 1. С. 266.

¹⁶ Про публічні закупівлі: Закон України від 25 грудня 2015 р. № 922-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 9. Ст. 89.

¹⁷ Про здійснення закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти: Постанова Кабінету Міністрів України від 28 березня 2008 р. № 274. Офіційний вісник України. 2008. № 25. Ст. 793.

¹⁸ Бабанін О.С. Державні закупівлі і міжнародна торгівля. Економіка, менеджмент, бізнес. 2012. № 1 (5). Т. 1. С. 183.

Окремі автори намагаються дати визначення дискримінації у сфері публічних закупівель. Так, наприклад, О.М. Шевчук визначає дискримінацію як різне ставлення замовника до учасників, що має метою чи наслідком обмеження, позбавлення передбачених законом прав, надання переваг на підставі ознак, які не мають раціонального обґрунтування або не є об'єктивно виправданими¹⁹. Я.В. Петруненко підкреслює, що дискримінація у сфері публічних (державних) закупівель – це різне ставлення до осіб, які перебувають в однакових обставинах під час здійснення ними передбаченого законом права, що ґрунтується на характеристиках, які не є необхідними та / або об'єктивно виправданими в певних умовах²⁰. Також дискримінація може вчинятися шляхом надання переваг на підставі ознак, що не мають раціонального обґрунтування та не є об'єктивно виправданими. Дискримінація у держзакупівлях може вчинятися як шляхом встановлення перешкод одним учасникам, так і наданням переваг іншим. Такі ознаки, як торгова марка, дизайн, фірма, джерело походження товару тощо не впливають безпосередньо на здатність товару чи послуги задовольнити потреби замовника. Такі ж ознаки, як національна належність учасника чи країна виробництва товару об'єктивно не впливають на можливість виконання контракту, щодо якого проводиться процедура держзакупівлі. Наведені вимоги не мають ні об'єктивного виправдання, ні раціонального обґрунтування, однак саме ці критерії мають вирішальне значення у кваліфікації дискримінації²¹.

Недискримінація припускає зняття непотрібних обмежень щодо конкуренції за конкретним контрактом, зокрема стосовно іноземних постачальників. Це означає, що замовник має право залучити не тільки фірми, що пройшли попередній кваліфікаційний вибір, але й установлювати жорсткі стандарти якості²².

Цікавими є різні підходи до дискримінаційних умов у судових органах України та Російської Федерації. Суди Російської Федерації, на відміну від судів України, які вважають недискримінаційними встановлення додаткових кваліфікаційних вимог, навпаки, встановлення додаткових об'єктивно необґрунтованих вимог вважають дискримінаційним²³.

Висновки. Враховуючи вищевикладене, можна визнати, що приєднання України до Угоди СОТ про державні закупівлі є досить поспішним кроком і не враховує інтереси вітчизняних підприємств. Негативним може бути порушення вже взятих на себе міжнародних зобов'язань, особливо для поліпшення інвестиційного клімату. Доречним є повернення до редакції Закону України «Про здійснення державних закупівель» (втратив чинність) кваліфікаційних вимог щодо наявності обладнання та матеріально-технічної бази, у т. ч. власних виробничих потужностей та / або центрів обслуговування на території України.

Подальші дослідження будуть спрямовані на вивчення інших засадничих принципів публічних закупівель.

Анотація

У статті проаналізовані міжнародні зобов'язання України в частині забезпечення національного режиму для товарів, робіт, послуг та іноземних постачальників у публічних закупівлях; проаналізовано іноземний досвід підтримки вітчизняних виробників; також розглядаються різні варіації визначення «недискримінації у публічних закупівлях». Крім того, запропоновано законодавчі зміни щодо підтримки вітчизняних виробників із метою забезпечення національних економічних інтересів (т. зв. «економічний націоналізм»).

¹⁹ Шевчук О.М. Поняття дискримінації у сфері держзакупівель. Часопис Київського університету права. 2009. № 1. С. 203.

²⁰ Петруненко Я.В. Господарсько-правові основи державних закупівель в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04; Національний університет «Одеська юридична академія». Одеса, 2013. С. 9.

²¹ Шевчук О.М. Поняття дискримінації у сфері держзакупівель. Часопис Київського університету права. 2009. № 1. С. 203.

²² Нестругіна І.М. Організаційно-правовий механізм державного фінансового контролю у сфері державних закупівель. Теорія та практика державного управління. 2011. № 1 (32). URL: www.nbuv.gov.ua/portal/Soc_Gum/Trpdu/2011_4/doc/1/05.pdf.

²³ Шевчук О.М. Особливості судової практики вирішення справ щодо дискримінації у сфері державних закупівель. Часопис Київського університету права. 2008. № 3. С. 215.

Summary

The article analyzes the international obligations of Ukraine in terms of ensuring the national regime for goods, works, services and foreign suppliers in public procurement; foreign experience of domestic producers support is analyzed; various variations in the definition of “non-discrimination in public procurement” are also considered. In addition, legislative changes have been proposed to support domestic producers in order to safeguard national economic interests (so-called “economic nationalism”).

Використана література:

1. Осадча Н.В., Ляшенко В.І. Цілі, завдання та принципи регуляторної політики в митній сфері. Економічний вісник Донбасу. 2010. № 1 (19). С. 69–82.
2. Павловський А.Б. Принципи державних закупівель: вітчизняна практика та міжнародний досвід. Право та управління. 2012. № 1. С. 374–391. URL: http://www.nbu.gov.ua/e-journals/prtup/2012_1/pavlovs.pdf.
3. Про публічні закупівлі: Закон України від 25 грудня 2015 р. № 922-VIII. Відомості Верховної Ради України. 2016. № 9. Ст. 89.
4. Олефір А.О. Безперспективність розвитку інституту державних закупівель як перша якість сучасної господарсько-правової політики. Форум права. 2012. № 3. С. 491–499. URL: <http://www.nbu.gov.ua/ejournals/FP/2012-3/12oaogpp.pdf>.
5. Дерев'яно Б.В., Смолин Г.В., Туркот О.А. Окремі шляхи боротьби із порушеннями у сфері публічних закупівель. Прикарпатський юридичний вісник. 2017. Вип. 5 (20). С. 65–68.
6. Нагачевський С.В. Організація державної закупівлі товарів, робіт й послуг як механізм використання бюджетних коштів. Науковий вісник Львівського державного університету внутрішніх справ. Серія економічна. 2012. Вип. 1. С. 118–127. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Nvldu_e_2012_1_15.
7. Фалко Ю.В. Організація державних закупівель: зарубіжний досвід та практика України. Університетські наукові записки. 2014. № 1. С. 261–269. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Unzap_2014_1_35.
8. Федулова Л.І. Харченко Г.А. Державні закупівлі як засіб стимулювання інноваційної діяльності. Стратегічні пріоритети. 2011. № 3 (20). С. 69–75.
9. Сливенко В.Р., Василичук В.І., Риков М.Г. Особливості змін законодавства про державні закупівлі та їх використання підрозділами ДСБЕЗ МВС України для протидії злочинам у зазначеній сфері. Право і суспільство. 2011. № 1. С. 23–29. URL: http://nbuv.gov.ua/j-pdf/Pis_2011_1_8.pdf.
10. Мельников О.С. Організація системи державних закупівель в країнах ЄС. Теорія та практика державного управління. 2012. Вип. 3. С. 433–440. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Trpu_2012_3_60.
11. Письменна М.С. Роль державного замовлення в економічному розвитку країни. Незалежний аудитор. 2013. № 4. С. 46–50. URL: http://nbuv.gov.ua/UJRN/Na_2013_4_9.
12. Юдіцький О.Л. Захист вітчизняного товаровиробника при здійсненні державних закупівель: зарубіжний досвід. Держава і право. 2011. № 51. С. 414–420.
13. Підмогильний О.О. Реалізація державної політики щодо функціонування системи закупівель за державні кошти в Україні: аналіз поточного стану та пріоритетні напрями удосконалення механізмів регулювання. Інвестиції: практика та досвід. 2012. № 9. С. 121–124.
14. Про здійснення закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти: Постанова Кабінету Міністрів України від 28 березня 2008 р. № 274. Офіційний вісник України. 2008. № 25. Ст. 793.
15. Бабанін О.С. Державні закупівлі і міжнародна торгівля. Економіка, менеджмент, бізнес. 2012. № 1 (5). Т. 1. С. 173–184.
16. Шевчук О.М. Поняття дискримінації у сфері держзакупівель. Часопис Київського університету права. 2009. № 1. С. 198–204.
17. Петруненко Я.В. Господарсько-правові основи державних закупівель в Україні: дис. ... канд. юрид. наук: 12.00.04; Національний університет «Одеська юридична академія». Одеса, 2013. 215 с.
18. Нестругіна І.М. Організаційно-правовий механізм державного фінансового контролю у сфері державних закупівель. Теорія та практика державного управління. 2011. № 1 (32). URL: www.nbu.gov.ua/portal/Soc_Gum/Trpu/2011_4/doc/1/05.pdf.
19. Шевчук О.М. Особливості судової практики вирішення справ щодо дискримінації у сфері державних закупівель. Часопис Київського університету права. 2008. № 3. С. 211–217.

Anton Soshnikov,

*Leading Lawyer, Institute of Economics and Law
Studies of the National Academy of Sciences of Ukraine*