

ІСТОРИЧНІ ВИТОКИ ПРАВОВОГО РЕГУЛЮВАННЯ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ В ЄС

УДК 346.22:332.021

<https://doi.org/10.32849/2409-9201.2020.20.31>

Франкова А. В.,

*аспірантка НДІ приватного права і підприємництва імені академіка Ф. Г. Бурчака
НАПрН України*

Frankova A., Historical roots of legal regulation of public procurement in the EU

The article is devoted to presentation of periodization of rulemaking development in the EU on the field of public procurement, legal analysis of each stage of the public procurement system formation and their general characteristics.

Start of the public procurement system in the EU was gradual since it depended on many factors, including development of market system economy of each member, the willingness of the states to open borders and markets and the level of development of legal framework.

The European Economic Community Treaty of 1957 laid the foundation for creation of a common market between the member states. The first law governing the public procurement in the EU was enshrined in the Treaty of Rome of 1957, which established the inadmissibility of any discrimination by the member states of the Treaty.

The first stage of the development of the law on the field of public procurement was marked by the separation of principles, standards of public procurement. At this stage, directives governing the procurement of goods and works were adopted, including the Directive No. 77/62/EU dated December 21, 1976. «On the Harmonization of Procedures of Granting of Government Goods Supply Contracts» and the Directive No. 71/305 dated July 26, 1971 «On the Harmonization of Procedures of Granting of Government Work Contracts».

The second stage of law development was marked by the adoption of the Directive No. 90/531/EES dated September 17, 1990 «On the Procedure of Procurement by Enterprises Undertaking Activities in the Fields of Transport, Water Supply, Electric Power Supply and Telecommunications», and the amendments were made to the Directives that entered the first stage (the Directive No. 77/62/EES dated December 21, 1976 and the Directive No. 71/305 dated July 26, 1971).

The next stage was marked by the fact that the scope of the European Law applied to the service sector. To support it, the Directive No. 92/50/EES dated June 18, 1992 «On the Harmonization of Procedures of Granting of Service Contracts» was adopted. At this stage, actions, concerning the development of the first Directive that must integrate the field of procurement of goods, works and services, were made.

An accomplishment of the fourth stage was the reformation of the European Law in the field of procurement, the codification of the directives, which resulted in the adoption of the Directive No. 2004/18/UN dated March 31, 2004 «On the Harmonization of Procedures of the Conclusion of Government Work, Goods Supply and Service Rendering Contracts».

The last stage was marked by the adoption of the following Directives: No. 2004/18/UN and No. 2004/17/UN. For the first time, the Directive No. 2014/23/UN dated February 26, 2014 «On the Granting of Concession Contracts» began to regulate the concession contracts. In addition, the Directive No. 2007/66/UN dated December 11, 2007 «On Amendments to the Directives No. 89/665/EES and No. 92/13/UN» introduced a mechanism for the protection of public procurement participants.

Thus, the development of the EU Law had gradual nature, and was aimed at the elimination of shortcomings in the enforcement of the European Law, the improving of laws of existing directives, the implementation of new standards, which had a positive impact on market relations between the member states.

Key words: public procurement, EU, history and stages of public procurement development.

Стаття присвячена висвітленню періодизації розвитку нормотворчості в ЄС у сфері публічних закупівель, правовому аналізу кожного етапу формування системи державних закупівель та представлена їх загальна характеристика.

Ключові слова: публічні закупівлі, ЄС, історія та етапи розвитку публічних закупівель.

Постановка завдання. Метою даної статті є дослідження та аналіз відповідних етапів історії розвитку публічних закупівель ЄС.

Методологія. У процесі дослідження використано методи теоретичного узагальнення і порівняння, аналізу для визначення: стану законодавчого забезпечення та особливостей проведення публічних закупівель в ЄС.

Формування системи державних закупівель в різних країнах світу відбувалося не одночасно і значно залежало від розвитку приватного і державного секторів економіки і законодавчої бази [3].

Історія становлення норм європейського права, що регулюють сферу державних закупівель, починається з політичного рішення шести європейських держав (Бельгія, Німеччина, Італія, Люксембург, Нідерланди, Франція) почати будівництво спільного ринку. Дане рішення знайшло своє відображення в Договорі про заснування Європейського об'єднання вугілля і сталі 1951 р., а потім в Договорі про заснування Європейського економічного Співтовариства 1957 р, де ст. 2 була закріплена одна з основних цілей Співтовариства – створення спільного ринку. Загальний ринок розумівся як простір, де гарантується свобода пересування факторів виробництва (ст. 48 і 67). Тоді ж держави – члени ЄЕС визначили основні кроки щодо досягнення цієї мети – Договір про ЄЕС закріплює чотири основні свободи: свобода пересування товару, послуг, капіталу і осіб. Держави – члени ЄЕС, висловивши прихильність вищепереліченим принципам, прийшли до розуміння необхідності ліквідувати тарифні і нетарифні бар'єри у взаємній торгівлі [5].

Говорячи про історичний контекст розвитку законодавства Європейського Союзу про державні закупівлі, необхідно пам'ятати, що мета наднаціонального регулювання полягає в тому, щоб відкрити ринки державних закупівель для господарюючих суб'єктів з інших держав – членів Союзу. Перші норми, які хоч якось регулювали державні закупівлі в ЄС, були закріплені в Римському договорі 1957 року (нині – Договір про функціонування Європейського Союзу) у вигляді загальних принципів. Серед іншого, Римський договір забороняв державам-членам дискримінацію стосовно інших держав-членів, наприклад, шляхом збереження за національними компаніями контрактів. Будучи закріпленими в установчому договорі, дані норми не вимагали імплементації з боку держав-членів. Однак цих норм-принципів явно було недостатньо для того, щоб відкрити ринки державних закупівель. Зокрема, на певному етапі історичного розвитку прийшло усвідомлення того, що необхідна прозора процедура присудження контракту, яка позбавляла б замовника можливості приховати якусь дискримінаційну поведінку під «мантією свободи дій». Крім того, вважалося за доцільне прийняття спеціальних положень, що дозволяють ущемленим учасникам торгів захищати свої права. Для забезпечення вищезгаданого і були прийняті на рівні спочатку Товариства, а потім і Союзу спеціальні Директиви. Аналіз еволюції законодавства ЄС про державні закупівлі на даний час набуває особливої актуальності в силу закінчення 18 квітня 2016 року строку для імплементації нового пакета директив, прийнятих в лютому 2014 року. Крім того, в умовах становлення Євразійського Союзу, а також з огляду на те, що багато положень російських законів у сфері державних закупівель були запозичені з директив Європейського Союзу, уявляється корисним проаналізувати досвід західних сусідів [4].

Римський договір 1957 р. закріплює свободу пересування товару, послуг, капіталу та осіб. Висловивши свою прихильність вищепереліченим принципам Товариства, держави-члени прийшли до розуміння необхідності ліквідувати всі тарифні і нетарифні бар'єри у взаємній торгівлі. Договором про заснування ЄС передбачається, що загальний ринок повинен створюватися поетапно, протягом перехідного 12-річного періоду (3 етапи по 4 роки). Для кожного етапу передбачається сукупність заходів, які повинні бути прийняті і здійснені в установленому порядку [6].

Початок 1-го етапу формування європейського права у сфері державних закупівель відноситься до першої половини 1960-х рр. Тоді Європейська комісія в Меморандумі Плану дій Співтовариства на другий перехідний період до загального ринку зробила висновки про те, що відсутність єдиного регулювання в сфері державних закупівель є серйозною перешкодою на шляху подальшого розвитку загального ринку. Європейська комісія запропонувала заходи щодо вирішення даної проблеми. В результаті було прийнято низку директив, що регулюють здійснення закупівель товарів і робіт, в тому числі Директива від 21 грудня 1976 № 77/62 / ЄС «Про гармонізацію процедур присудження державних контрактів на поставку товарів» (перша директива про закупівлю товарів, далі – Директива № 77/62) і Директива від 26 липня 1971 р. № 71/305 «Про гармонізацію процедур присудження Державних контрактів на виконання робіт» (перша директива щодо закупівлі робіт – Директива № 71/30512) [6].

У 1977 році були прийняті і закріплені в Директиві 77/62 / ЄС аналогічні норми, що регулюють контракти на поставку товарів. Вже тоді були закладені базові принципи правового регулювання державних закупівель в Європейському Союзі.

Директиви 71/305 і 77/62 не досягли поставлених перед ними завдань, оскільки національні ринки державних закупівель так і не були належним чином відкриті. Як підкреслила Європейська Комісія у зверненні до Ради з питань державних закупівель, зазначені директиви не були належним чином реалізовані в національне законодавство держав-членів. Серед причин, за якими результат Директив був визнаний незадовільним, називалися: неповідомлення про контракти в Офіційному журналі як результат дроблення контрактів (як навмисного, так і ненавмисного), незнання відповідних норм з боку замовників або явне нехтування цими нормами; зловживання винятками, що дозволяють проводити торги без конкурсного відбору (договірна процедура) замість відкритого або закритого конкурсу; дискримінаційні вимоги, що висуваються замовниками щодо відповідності національним технічним стандартам, виключаючи європейські стандарти і стандарти інших держав-членів (в

порушення принципу взаємного визнання), незаконне вилучення учасників торгів або дискримінаційне застосування умови присудження контракту [4].

У 1984 р. Комісія представила Раді Європейських Співтовариств звіт про результати застосування директив про постачання. У цьому документі була відображена досить похмура картина, освітила ряд недоліків: невиконання вимоги про розміщення оголошень про контракти в офіційному виданні *Official Journal*; незнання правил контрактними органами або їх навмисне відхилення від цих правил; зловживання винятками; дискримінують вимоги, зокрема, наполягання на національних стандартах; незаконна дискваліфікація постачальників або підрядників. З урахуванням цих фактів і «Білої Книги» (1985 рік), що підтвердило необхідність завершення формування Внутрішнього ринку, в кінці 1980-х на початку 1990-х років з'явилося нове законодавство про закупівлі. На основі цих нових законодавчих документів, а також у зв'язку з розширенням Європейського Союзу, в цей час вводяться поліпшені правила держзакупівель, а також адекватні заходи примусового виконання цих правил і санкції у разі їх порушення. Це нове покоління європейських правил не змінило основного характеру директив ЄС про постачання, основна їх мета полягала в тому, щоб зробити тендерний процес і присудження контрактів більш прозорим [3].

Наступний етап розвитку європейського права в сфері державних закупівель характеризується, в першу чергу, поширенням його дії на державні закупівлі послуг. Так, Радою міністрів була прийнята Директива від 18 червня 1992 № 92/50 / ЄС «Про гармонізацію процедур присудження державних контрактів на надання послуг». Крім того, почалася підготовка до створення єдиної директиви, яка об'єднала б регулювання державних закупівель як товарів, так і робіт, і послуг. Головним досягненням третього етапу розвитку європейського права в сфері державних закупівель стало поширення його дії на здійснення закупівель на надання послуг. Видання Директиви № 92/50 / ЄС відкрило можливість для уніфікації законодавства в сфері державних закупівель у всіх сферах і для створення єдиного механізму регулювання державних закупівель товарів, робіт і послуг [6].

Дана Директива додержувалася того ж принципу, що і Директиви про державні контракти на поставку товарів і державних контрактів на виконання робіт, зокрема обов'язкове повідомлення про контракти на території Співтовариства, заборона дискримінаційних технічних характеристик, здатних стати перешкодою для подачі заявок з інших держав-членів, і одноманітне й об'єктивне застосування процедур проведення торгів і присудження контракту. Директива № 92/50 передбачає новий вид присудження контракту – конкурс проектів, який проводиться з питань міського планування, архітектури, проектування цивільних об'єктів.

Згідно з Директивою № 92/50 державні контракти на надання послуг – це договори, які мають в якості свого предмета надання послуг, перелічених у Класифікаторі основних продуктів, який виданий Організацією Об'єднаних Націй і що включає в себе майже всі можливі види послуг, оскільки на рівні Союзу подібного Класифікатора не було.

Директива 92/50 стала першою, яка зробила спробу відкрити ринки державних закупівель послуг, однак з-під її дії були виведені як деякі окремо взяті договори (наприклад, договори про проведення арбітражу або примирення, трудові договори), так і концесійні послуги. Крім того, Директива розмежовує поняття «пріоритетні» послуги, до яких застосовується весь комплекс заходів, встановлених Директивою, і «непріоритетні», які підкоряються дії Директиви тільки в таких базових питаннях, як заборона дискримінації та прозорість проведення державних закупівель [4].

Роком пізніше (1993 р.) відбулася ще одна знакова подія для наднаціонального регулювання державних закупівель ЄС, а саме консолідація норм. Однак варто відразу зауважити, що консолідація була «галузевою». Іншими словами, з'явилися три нові Директиви: 93/36 про державні контракти на поставку товарів, 93/37 про державні контракти на виконання робіт, 93/38 про закупівлі в сфері водопостачання, енергетики, транспорту і зв'язку. Кожна із зазначених Директив об'єднувала всі попередні Директиви у відповідній галузі. Нові Директиви, крім власне консолідації, внесли невеликі зміни до регулювання державних закупівель в Європейському Союзі. В основному зміни стосувалися процесуальних аспектів, а також питань щодо приведення законодавства відповідно до міжнародних зобов'язань (йдеться, перш за все, про Угоду про державні закупівлі, що діє в рамках Світової організації торгівлі).

Таким чином, відразу кілька важливих подій стосовно регулювання державних закупівель в Європейському Союзі мали місце в кінці минулого століття [3].

Слід зазначити кодифікацію норм про закупівлі, яка була об'єднана у єдиний документ – директива від 31 березня 2004 № 2004/18/ЄС «Про гармонізацію процедур укладення державних контрактів на виконання робіт, поставку товарів та надання послуг». А закупівлі в сфері життєзабезпечення регулювались нормами Директиви від 31 березня 2004 р. № 2004/17/ЄС «Про гармонізацію закупівельних процедур для компаній, зайнятих в сферах водопостачання, електроенергетики, транспорту і поштового обслуговування».

В результаті реформи системи державних закупівель в ЄС з'явився складний механізм, який регулює великий обсяг різних правовідносин. Незважаючи на те, що Директива № 2004/18 / ЄС звела до купи регулювання державних закупівель в трьох галузях – закупівля товарів, робіт і послуг, – акт вийшов громіздким і складним для сприйняття. Крім того, процеси лібералізації різних галузей економіки також повинні були знайти відображення в новій системі здійснення державних закупівель в ЄС. У зв'язку з цим європейські інститути змушені спростити існуюче нормативне регулювання державних закупівель, зробити його більш гнучким, що реагує на зміни, що відбуваються в рамках спільного європейського економічного простору [6].

Важливим етапом був перегляд вищезначених директив у 2011 р. Так, у грудні 2011 р. Європейська Комісія запропонувала переглянути Директиви 2004/17 / ЄС та 2004/18 / ЄС, а також прийняти нову Директиву про концесійні угоди. Необхідно відзначити, що, перш за все, концесії регулювалися Директивою 2004/18 / ЄС, однак тепер європейський законодавець вирішив вивести їх в окремий документ. Крім того, перегляд наднаціонального регулювання державних закупівель виник через прийняття програми «Європа 2020: Стратегія для розумного, стійкого і всебічного зростання», в якій державні контракти відіграють ключову роль. Економічні, соціальні та політичні події, а також сучасні бюджетні обмеження в ЄС зробили необхідними зміни регулювання, по-перше, щоб зробити їх більш простими і ефективними для замовників і постачальників і, по-друге, щоб забезпечити краще співвідношення ціни і якості для державних закупівель з дотриманням принципів прозорості та конкуренції.

Директива 2014/24 / ЄС зберегла основні положення Директиви 2004/18 / ЄС, однак регулювання ряду аспектів проведення державних закупівель було адаптовано під сучасні реалії. Зокрема, нова Директива закріплює поступовий перехід до обов'язкового проведення тендеру в електронній формі, в той час як нині діюча передбачала рівний режим для «традиційних» і електронних засобів. Крім того, у всіх процедурах проведення закупівель були істотно скорочені терміни. Значно спростилися адміністративні процедури, пов'язані з подачею документів, з опублікуванням повідомлень, з переглядом вже підписаних контрактів. Особливу увагу нова Директива приділяє протидії корупції, шахрайству та конфлікту інтересів, а також створенню більш сприятливого режиму для малих і середніх підприємств [3].

Приєднання України до Угоди СОТ про державні закупівлі (далі – Угода СОТ) у 2016 р., що закріплено Законом України «Про приєднання України до Угоди про державні закупівлі» від 16.03.2016 р., стало найбільшою подією, що здійснило вагомий внесок у формування міжнародно-правових джерел у сфері державних закупівель. Угода СОТ на сьогодні дозволяє проводити публічні закупівлі більш прозоро та якісно, зокрема на сьогодні Угода СОТ:

- створює умови для залучення іноземних інвестицій;
- дозволяє проводити організацію державних закупівель не лише за національними, але й за міжнародними стандартами;
- сприяє гармонізації вітчизняного законодавства у сфері державних закупівель;
- сприяє розвитку економіки та зростанню економічних показників;
- сприяє створенню рівних умов для участі у закупівлях як іноземного суб'єкта, так і вітчизняного суб'єкта;
- сприяє усуненню корупційних схем, а отже, і ефективному використанню державних коштів, державного бюджету.

Основне завдання Угоди СОТ – це створення сприятливого клімату для здійснення міжнародної торгівлі.

Однак слід зауважити, що положення Угоди СОТ поширюються не на всі публічні закупівлі, тому норми, що регулюють процедурні питання, діють не на абсолютну більшість публічних закупівель. Тому важливим, на мою думку, є:

- визначення пріоритетних напрямків міжнародної торгівлі;
- вивчення міжнародної практики та зарубіжного досвіду проведення публічних закупівель та успішне впровадження їх в українські реалії;
- проведення сумісних консультацій та інформування з приводу публічних закупівель;
- залучення міжнародних експертів задля успішного впровадження міжнародних стандартів публічних закупівель тощо.

Підводячи підсумок аналізу процесу становлення європейського права в сфері регулювання державних закупівель, необхідно зробити такі попередні висновки.

1. Державні закупівлі в ЄС є одним з найважливіших механізмів формування єдиного внутрішнього ринку ЄС, особливо в частині ліквідації нетарифних обмежень, що існують у взаємній торгівлі між державами – членами ЄС.

2. Розвиток права ЄС про державні закупівлі характеризується тенденцією до поступового розширення сфери його дії.

3. У 2014 р. в результаті проведення масштабної реформи системи правового регулювання державних закупівель почався новий – п'ятий етап розвитку права ЄС в галузі державних закупівель.

4. Розвиток системи державних закупівель в ЄС характеризується тенденцією до спрощення правової системи і її кодифікації – з'являється єдина директива, яка регулює державні закупівлі товарів, робіт, послуг.

5. Система правового регулювання державних закупівель в ЄС є комплексним механізмом, який регулює всі стадії здійснення закупівлі, включаючи планування, проведення процедур закупівлі та закінчуючи контролем за виконанням укладеного контракту [5].

Жодна країна не може стверджувати, що розробила ідеальне рішення, яке можна адаптувати в інших країнах. Однак, продовжуючи розвивати свою систему державних закупівель відповідно до стандартів ЄС, Україні корисно вивчити та проаналізувати досвід різних країн ЄС, особливо щодо складніших аспектів державних закупівель. Подальша модернізація української системи державних закупівель продовжить сприяти:

- поліпшенню умов для конкуренції на ринку державних контрактів в Україні через підвищення рівня законності, відкритості та неупередженості процесу укладення контрактів;
- забезпеченню кращого співвідношення ціни та якості при виборі переможця тендера на державні закупівлі;
- скороченню випадків корупції;
- удосконаленню системи управління;
- проведенню маркетингових досліджень щодо попиту та пропозиції на товари чи послуги на ринку для чіткого та ефективного планування закупівель та створення конкурентного середовища на ринку [1].

На сьогодні порядок проведення публічних закупівель в ЄС регулюється низкою Директив ЄС, основними з яких є:

- Директива про здійснення державних закупівель в державному секторі;
- Директива щодо закупівель в сфері комунального господарства;
- Директива про застосування процедур оскарження рішень про присудження договорів закупівлі товарів та робіт за державні кошти;
- Директива про застосування процедур оскарження рішень про присудження договорів закупівлі товарів та робіт за державні кошти щодо здійснення закупівельних процедур установами, які працюють у сферах водопостачання, енергетики, транспорту та телекомунікацій;
- Директива щодо закупівель в сфері оборони;
- Директива щодо укладання договорів концесії;
- Директива про електронне інвойсування (е-інвойсування) в державних закупівлях [2].

У статті було надано загальну характеристику історичним етапам розвитку законодавства ЄС у сфері публічних закупівель; проаналізовано переваги та недоліки законодавства ЄС в процесі його еволюції; надано оцінку стану законодавства ЄС та її вплив на загальний ринок збуту товарів, робіт та послуг.

Удосконалення законодавства ЄС у сфері публічних закупівель дозволяє відкривати нові кордони ринку збуту товарів, робіт, послуг та залучати нових суб'єктів публічних закупівель, в т.ч. сприяти поліпшенню стану законодавства у державах – членах Угоди про асоціацію.

СПИСОК ВИКОРИСТАНОЇ ЛІТЕРАТУРИ:

1. Гризоголазов Д. В., Давидов І. А. Зарубіжний досвід здійснення державних закупівель // Науковий вісник Херсонського державного університету, 2016. Вип. 19 (1). С. 129–133.
2. Гармонізація системи державних закупівель в Україні зі стандартами ЄС. Збірник директив ЄС з питань державних закупівель. URL: http://eupublicprocurement.org.ua/wpcontent/uploads/2015/02/EU-PP-DirectivesCompendium_UKR.pdf (дата звернення: 11.09.2019).
3. Кузнецова И. В. Учебно-методическое пособие по дисциплине «Управление государственными и муниципальными заказами» (для специальности 080504.65 «Государственное и муниципальное управление»). Москва, 2007. URL: <http://www.hse.ru/edu/courses/34471527.html> (дата звернення: 11.09.2019).
4. Камалаян А. М. Эволюция законодательства Европейского Союза о государственных закупках // Международный правовой курьер. URL: <http://inter-legal.ru/evolyutsiya-zakonodatelstva-evropejskogo-soyuza-o-gosudarstvennyh-zakupkah-the-evolution-of-the-eu-public-procurement-law> (дата звернення: 11.09.2019).
5. Пучкова А. П. Регулирование государственных закупок в праве Европейского Союза: дис. канд. юрид. наук: 12.00.10/ Московский Государственный Институт Международных отношений (Университет) Министерства Иностранных Дел Российской Федерации. М., 2018. 198 с.
6. Смазнова А. П. Причины и основные этапы формирования права ЕС в сфере государственных закупок // Вопросы экономики и права. 2017. № 3. С. 27–32.