

ВЕРХОВНА РАДА УКРАЇНИ

Комітет з питань інтеграції України до Європейського Союзу

01008, м.Київ-8, вул. М. Грушевського, 5, тел.: 255-34-42, факс: 255-33-13, e-mail: comeuroint@v.rada.gov.ua

ВИСНОВОК

щодо проєкту Закону України

«Про внесення зміни до статті 3 Закону України "Про публічні закупівлі" щодо здійснення закупівель закладами освіти та державними науковими установами за рахунок власних надходжень»

(реєстр. 5476 від 07.05.2021, н.д. С. Мінько та інш.)

1. Загальна характеристика законопроєкту.

Законопроєкт розроблено з метою надання закладам освіти та державним науковим установам оперативної можливості здійснення термінових видатків на придбання товарів, робіт та послуг за рахунок власних надходжень без необхідності дотримання процедур публічних закупівель.

2. Належність законопроєкту за предметом правового регулювання до сфери дії права Європейського Союзу.

Законопроєкт за предметом правового регулювання охоплюється положеннями Глави 8 «Державні закупівлі» та Глави 10 «Конкуренція» Розділу IV «Торгівля і питання, пов'язані з торгівлею» та Додатку XXI Угоди про асоціацію між Україною, з однієї сторони, та Європейським Союзом, Європейським Співтовариством з атомної енергії і їхніми державами-членами, з іншої сторони (далі – Угода про асоціацію).

3. Відповідність законопроєкту праву ЄС.

Правовідносини щодо визначення сфери здійснення державних закупівель, а також виключень із сфери державних закупівель, відповідно до Угоди про асоціацію, регулюються Директивою 2004/18/ЄС та Директивою 2004/17/ЄС.

Разом з тим у 2014 році ЄС ухвалено нові директиви, а саме: Директиву 2014/24/ЄС від 26 лютого 2014 р. про державні закупівлі, якою скасовується Директива 2004/18/ЄС, і Директиву 2014/25/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 26 лютого 2014 р. щодо здійснення закупівлі організаціями, що працюють у водному, енергетичному, транспортному та поштовому секторах, якою скасовується Директива 2004/17/ЄС. Крім того, ЄС ухвалено Директиву 2014/23/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 26 лютого 2014 р. про присудження концесійних договорів та Директиву 2014/55/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 16 квітня 2014 р. про електронні інвойси у сфері державних закупівель.

Розпорядженням Кабінету Міністрів України від 24 лютого 2016 р. № 175-р було прийнято Стратегію реформування системи публічних закупівель (“дорожню карту”). Метою Стратегії є створення сучасної і дієвої системи публічних

закупівель, спрямованої на створення конкурентного середовища та подальший розвиток добросовісної конкуренції у сфері закупівель в Україні, а також забезпечення виконання міжнародних зобов'язань України у сфері публічних закупівель шляхом послідовної адаптації законодавства України до стандартів ЄС протягом 2015 — 2022 років. У процесі адаптації законодавства України до законодавства ЄС планується враховувати термінологію, процедури та інші норми нових Директив ЄС у сфері публічних закупівель.

Законопроектом пропонується внести товари, роботи і послуги, закупівля яких здійснюється закладами професійної (професійно-технічної), фахової передвищої та вищої освіти, державними науковими установами за рахунок власних надходжень до випадків, на які не поширюється дія Закону України «Про публічні закупівлі».

Таке положення не повною мірою узгоджується з вимогами Директиви 2014/24/ЄС від 26 лютого 2014 р. про державні закупівлі, якою скасовується Директива 2004/18/ЄС, яка встановлює правила щодо процедур закупівель замовниками по відношенню до державних контрактів, а також конкурсів проектів. Відповідно до змісту цієї Директиви закупівлями є придбання, через укладання державного контракту, одним чи декількома замовниками робіт, товарів або послуг від суб'єктів господарювання, обраних цими замовниками, не зважаючи на те, чи призначені дані роботи, товари або послуги для суспільних цілей.

Відповідно до статті 2 Директиви 2014/24/ЄС «замовники» означають державні, регіональні чи місцеві органи влади, установи, регульовані публічним правом, або асоціації, утворені одним або декількома такими органами влади або одною або декількома установами, регульованими публічним правом.

«Установи, регульовані публічним правом» означає установи, які мають усі наступні характеристики: (а) створені з конкретною метою задоволення потреб у загальних інтересах, які не носять промислового або комерційного характеру; (b) мають статус юридичної особи; і (с) фінансуються, здебільшого, з боку державних, регіональних або місцевих органів влади, або інших установ, регульованих публічним правом; або підлягають управлінському нагляду з боку цих органів влади або установ; або мають адміністративну, управлінську або спостережну раду, більше ніж половина членів якої призначається державними, регіональними чи місцевими органами влади, або іншими установами, регульованими публічним правом.

У національному законодавстві, визначення поняття “замовники” наведено в пункті 9 частини першої статті 1 Закону «Про публічні закупівлі» (далі - Закон), згідно з яким замовниками є, зокрема органи державної влади, органи місцевого самоврядування та органи соціального страхування, створені відповідно до закону, а також юридичні особи (підприємства, установи, організації) та їх об'єднання, які забезпечують потреби держави або територіальної громади, якщо така діяльність не здійснюється на промисловій чи комерційній основі, за наявності однієї з таких ознак: юридична особа є розпорядником, одержувачем бюджетних коштів; органи державної влади чи органи місцевого самоврядування або інші замовники володіють більшістю голосів у вищому органі управління юридичної особи; у

статутному капіталі юридичної особи державна або комунальна частка акцій (часток, паїв) перевищує 50 відсотків.

Для однозначного правозастосування поняття “замовники” у розумінні абзацу першого пункту 9 частини першої статті 1 Закону Мінекономрозвитку у своєму листі від 29.04.2016 № 3302-06/12875-06 “Щодо здійснення закупівель замовниками” зазначило, що «Потреби держави та територіальної громади в розумінні Закону потрібно розглядати в широкому значенні, оскільки такі потреби є поняттям динамічним та не охоплені нормативно-правовим визначенням.

Проте потреби держави та територіальної громади характеризуються тим, що для їх забезпечення держава або органи місцевого самоврядування приймають нормативно-правові акти, розпорядчі рішення, у яких фактично констатується обов’язок або функція державної інституції/місцевого самоврядування забезпечити певну функцію держави чи загальні потреби територіальної громади, серед яких є організація освіти, охорони здоров’я громадян, охорони громадського правопорядку тощо.

При цьому юридична особа публічного права створюється розпорядчим актом Президента України, органу державної влади, органу влади Автономної Республіки Крим або органу місцевого самоврядування (частина друга статті 81 Цивільного кодексу України).

Тому, оскільки безпосередню участь держава бере у створенні юридичних осіб публічного права, які створюються з метою ефективного та раціонального використання державного і громадського майна, так як держава чи територіальні громади не можуть управляти належними їм цінностями, закріплюючи майно за окремими підприємствами, установами та організаціями, держава, територіальні громади, як власники, дозволяють їм управляти цим майном, розпоряджатися грошовими коштами, вступати від свого імені в різні правовідносини для реалізації певних інтересів та потреб держави чи територіальної громади.

Важливим елементом для розуміння поняття “замовник” у контексті Закону є спосіб, у який держава або органи місцевого самоврядування забезпечують свої потреби: 1) на комерційній чи промисловій основі; 2) на умовах, установлених рішеннями державних органів, які зобов’язують юридичних осіб забезпечувати державні чи громадські потреби в певний спосіб та на певних умовах.

З огляду на вищезазначене, потрібно розмежовувати способи, якими забезпечуються потреби держави та територіальної громади.

Діяльність не є комерційною чи промисловою у разі якщо держава, підконтрольні їй організації при забезпеченні певної державної потреби керуються іншими мотивами ніж прибутковість, водночас така діяльність не залежить від економічних ризиків і витрат на неї (оскільки держава визначила мету організації саме для здійснення такої діяльності та нормативно встановила спосіб, умови, ціни, тарифи тощо).

Натомість, діяльність здійснюється на комерційній основі у випадках, коли потреби держави та територіальної громади забезпечуються на конкурентному ринку.

Різниця в забезпеченні потреб у вищеперелічених випадках полягає в тому, що в першому випадку контрольовані державою інституції (організації) виконують публічні функції та зобов'язання перед державою чи громадою, установлені нормативно-правовими актами, розпорядчими рішеннями, статутами юридичних осіб, а не здійснюють таку діяльність на комерційній основі, де прибутковість є основною мотивацією.

Таким чином, у разі якщо погребі держави або територіальної громади забезпечуються не на комерційній чи промисловій основі, необхідно визначитись щодо наявності ознак, встановлених Законом.

Ознаку, передбачену абзацом другим пункту 9 частини першої статті 1 Закону, згідно з яким юридична особа є розпорядником, одержувачем бюджетних коштів необхідно розглядати в контексті бюджетного законодавства, оскільки поняття “одержувач бюджетних коштів” та “розпорядник бюджетних коштів” визначені у пунктах 38 та 47 частини першої статті 2 Бюджетного кодексу України відповідно. Так, розпорядник бюджетних коштів - бюджетна установа в особі її керівника, уповноважена на отримання бюджетних асигнувань, взяття бюджетних зобов'язань, довгострокових зобов'язань за енергосервісом та здійснення витрат бюджету. При цьому одержувач бюджетних коштів - суб'єкт господарювання, громадська чи інша організація, яка не має статусу бюджетної установи, уповноважена розпорядником бюджетних коштів на здійснення заходів, передбачених бюджетною програмою, та отримує на їх виконання кошти бюджету.

Тобто, у разі якщо юридичні особи (підприємства, установи, організації) та їх об'єднання, які забезпечують потреби держави або територіальної громади, якщо така діяльність не здійснюється на промисловій чи комерційній основі, є розпорядниками або одержувачами бюджетних коштів, такі юридичні особи є замовниками в розумінні Закону незалежно від розміру такого фінансування і повинні дотримуватися вимог Закону під час здійснення закупівель товарів, робіт і послуг, керуючись вартісними межами, визначеними Законом, протягом бюджетного періоду, що становить один календарний рік, який починається 1 січня кожного року і закінчується 31 грудня того ж року, з дня отримання бюджетних коштів на здійснення заходів, передбачених бюджетною програмою.

Ознаку, передбачену абзацом третім пункту 9 частини першої Закону, згідно з яким органи державної влади чи органи місцевого самоврядування або інші замовники володіють більшістю голосів у вищому органі управління юридичної особи, можна розглядати ґрунтуючись на положеннях Цивільного кодексу України, статтею 92 якого визначено цивільну дієздатність юридичної особи, відповідно до якої юридична особа набуває цивільних прав та обов'язків і здійснює їх через свої органи, які діють відповідно до установчих документів та закону. Порядок створення органів юридичної особи встановлюється установчими документами та законом.

Так, органи або особи, які відповідно до установчих документів юридичної особи чи закону володіють більшістю голосів у вищому органі управління, виступають від її імені, при прийнятті рішень щодо всієї діяльності юридичної особи, голос яких є визначальним, діють в інтересах такої юридичної особи.

Тобто, у разі якщо юридичні особи (підприємства, установи, організації) та їх об'єднання забезпечують потреби держави або територіальної громади, якщо така діяльність не здійснюється на промисловій чи комерційній основі та органи державної влади чи органи місцевого самоврядування або інші замовники володіють більшістю голосів у вищому органі управління такої юридичної особи на підставі установчих документів та/або закону, зазначені суб'єкти вважаються замовниками в розумінні Закону та повинні дотримуватися вимог Закону під час здійснення закупівель товарів, робіт і послуг, керуючись вартісними межами, визначеними Законом.

Ознаку, передбачену абзацом четвертим пункту 9 частини першої Закону, згідно з яким у статутному капіталі юридичної особи державна або комунальна частка акцій (часток, паїв) перевищує 50 відсотків, потрібно розглядати в контексті положень Господарського кодексу України, оскільки відповідно до статті 55 цього Кодексу суб'єктами господарювання визнаються учасники господарських відносин, які здійснюють господарську діяльність, реалізуючи господарську компетенцію (сукупність господарських прав та обов'язків), мають відокремлене майно і несуть відповідальність за своїми зобов'язаннями в межах цього майна, крім випадків, передбачених законодавством, до яких належать, зокрема господарські організації - державні, комунальні та інші підприємства, створені відповідно до цього Кодексу.

Тобто, у разі якщо господарські організації (державні, комунальні та інші підприємства) та їх об'єднання забезпечують потреби держави або територіальної громади, якщо така діяльність не здійснюється на промисловій чи комерційній основі, у статутному капіталі яких державна або комунальна частка акцій (часток, паїв) перевищує 50 відсотків, такі юридичні особи є замовниками у розумінні Закону і мають здійснювати закупівлі товарів, робіт і послуг з дотриманням вимог Закону, керуючись вартісними межами, визначеними Законом. Отже, замовниками, разом з органами державної влади та органами місцевого самоврядування є також юридичні особи та їх об'єднання, які забезпечують потреби держави та територіальної громади, у спосіб, що не є комерційною або промисловою діяльністю в умовах конкуренції та одночасно відповідають хоча б одній із передбачених Законом ознак».

Таким чином вилучення із сфери застосування Закону товарів, робіт і послуг, закупівля яких здійснюється закладами професійної (професійно-технічної), фахової передвищої та вищої освіти, державними науковими установами за рахунок власних надходжень не відповідає нормам директиви 2014/24/ЄС, зокрема вимогам статті 1 щодо сфери застосування директиви та статті 18 «Принципи закупівель», відповідно до якої замовники повинні рівноправно і без дискримінації ставитись до суб'єктів господарювання і повинні діяти відкрито і пропорційно, а структура закупівель не повинна бути спрямована на виключення її зі сфери дії цієї Директиви або штучне звуження конкуренції.

Положення законопроекту не відповідають міжнародно-правовим зобов'язанням України в сфері європейської інтеграції.



ЕАС ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ

Підписувач: Климпуш-Цинцадзе Іванна Орестівна
Сертифікат: 58E2D9E7F900307B0400000EED52E007FC38E00
Дійсний до: 20.01.2023 0:00:00

Апарат Верховної Ради України
№ 04-20/10-2021/163990 від 20.05.2021



512309