



АПАРАТ ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ

Головне юридичне управління

01008, м.Київ-8, вул. М. Грушевського, 5, тел.:255-20-76

До № 5309 від 29.03.2021
(друге читання)

ЗАУВАЖЕННЯ

**до проекту Закону України про внесення змін до Закону України
"Про публічні закупівлі" та інших законів України щодо вдосконалення
системи функціонування та оскарження публічних закупівель
(реєстраційний № 5309)**

У Головному юридичному управлінні проведено експертизу підготовленого до другого читання Комітетом Верховної Ради України з питань економічного розвитку однойменного законопроекту і зазначається таке.

1. Насамперед звертаємо увагу на те, що метою законопроекту, як це випливає з пояснювальної записки до нього, є "завершення реформи органу оскарження у сфері публічних закупівель". Проте законопроект містить зміни не лише до профільного Закону, яким регулюються питання публічних закупівель – Закону України "Про публічні закупівлі", а й до, зокрема, Закону України "Про Національне агентство України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів". При цьому зміни, що пропонуються до Закону України "Про Національне агентство України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів" жодним чином не стосуються питань "вдосконалення системи функціонування та оскарження публічних закупівель". Крім цього вищезазначені пропозиції предметом розгляду законопроекту, який прийнятий парламентом за основу, не були. Відповідно ж до частини першої статті 116 Регламенту Верховної Ради України пропозиції і поправки до законопроекту, який готується до другого читання, можуть вноситися лише до того тексту законопроекту (розділів, глав, статей, їх частин, пунктів, підпунктів, абзаців, речень), який прийнятий Верховною Радою за основу.

2. Разом із цим законопроект викликає низку зауважень щодо невідповідності його окремих положень нормам Конституції, законів України

та неврахування правових позицій Конституційного Суду України, викладених у його рішеннях.

2.1. Зауважуємо щодо змін, що пропонуються до частини чотирнадцятої статті 18 Закону України "Про публічні закупівлі", за якою *"строк розгляду скарги органом оскарження становить 10 робочих днів з дати прийняття скарги до розгляду, який може бути аргументовано продовжено органом оскарження до 20 робочих днів"*. Проте законопроект не містить положень, які саме "аргументи" можуть слугувати підставою для продовження строку розгляду скарги, поданої до органу оскарження. Це може призвести до того, що орган оскарження "на власний розсуд" буде обирати варіанти дій у кожному конкретному випадку щодо продовження/не продовження строку розгляду скарги, і як наслідок – орган оскарження буде наділено надмірними дискреційними повноваженнями з відповідного питання.

З приводу вищезазначеного зауважуємо, що відсутність у Законі чітких аргументів (підстав) для продовження строку розгляду скарги або вимог до змісту відповідних рішень органу оскарження не узгоджується з вимогами статті 19 Конституції України щодо визначення меж та способу реалізації повноважень органів державної влади, їх посадових осіб виключно Конституцією та законами України, а також створює широкі можливості для зловживань.

За правовою позицією Конституційного Суду України, викладеною у Рішенні від 30 травня 2001 року № 7-рп/2001 принцип правової держави вимагає наявності у законодавчому акті достатніх і завершених правових механізмів реалізації його положень. У Рішенні Конституційного Суду України від 8 червня 2016 року № 3-рп/2016, де за органом публічної влади визнається можливість мати певні дискреційні повноваження у прийнятті рішень, наголошується, що "цей механізм повинен забезпечувати, з одного боку, захист особи від свавільного втручання органів державної влади у її права і свободи, а з другого – наявність можливості у особи передбачати дії цих органів" (абзац третій підпункту 2.4 пункту 2 мотивувальної частини Рішення).

Закон повинен вказувати на обсяг будь-якої дискреції та на спосіб її здійснення із достатньою чіткістю, аби особа мала змогу відповідним чином захистити себе від свавільних дій влади (пункт 45 Доповіді "Верховенство права", схваленої Європейською Комісією "За демократію через право").

Аналогічні зауваження стосуються також змін до частини шістнадцятої статті 18 Закону України "Про публічні закупівлі", якими визначено, що *"у разі порушення суб'єктом оскарження, замовником строків та порядку надання інформації, передбачених цією частиною, така інформація може бути не врахована органом оскарження під час розгляду такої скарги"*.

2.2. Змінами до частини сьомої статті 3 Закону України "Про публічні закупівлі" передбачається здійснення придбання замовником товарів, робіт і послуг *"без застосування порядку проведення спрощених закупівель"*,

встановленого цим Законом, у разі, якщо закупівля товарів і послуг здійснюється у підприємства або організації, що засноване(а) громадською організацією осіб з інвалідністю та отримало(а) дозвіл на право користування пільгами з оподаткування відповідно до законодавства". Діючи у такий спосіб, законодавець фактично ставить в **нерівні умови** підприємство або організацію, що засноване(а) громадською організацією осіб з інвалідністю та отримало(а) дозвіл на право користування пільгами з оподаткування та підприємство або організацію, що засноване(а) громадською організацією осіб з інвалідністю, які такого дозволу не мають. Цим порушуються приписи Конституції України, якими проголошено, що Україна є соціальна, правова держава (стаття 1) та усі об'єднання громадян рівні перед законом (частина п'ята статті 36).

Крім того, прийняття цих змін має дискримінаційний характер щодо інших громадських організацій осіб з інвалідністю, порушує принцип рівності суб'єктів господарювання, встановлений статтею 13 Конституції України та не враховує конституційних основ правопорядку у сфері господарювання, визначених у статті 5 Господарського кодексу України.

2.3. Зауважуємо також про недодержання у законопроекті принципу правової визначеності (недвозначність, внутрішня узгодженість нормативних положень та відсутність суперечностей з іншими приписами законів), що є порушенням проголошеного Конституцією України принципу верховенства права (стаття 8) та визнання України правовою державою (стаття 1). Зокрема, йдеться про такі положення законопроекту:

1) у законопроекті пропонується визначення поняття "*адміністратор електронної системи закупівель* – юридична особа, визначена Уповноваженим органом відповідальною за забезпечення функціонування та наповнення веб-порталу Уповноваженого органу з питань закупівель" (доповнення частини першої статті 1 Закону України "Про публічні закупівлі" новим пунктом 2¹). Водночас законопроект не містить жодного функціонального навантаження, пов'язаного зі здійсненням таким адміністраторам його повноважень, які законопроектом так само не визначаються;

2) законопроектом встановлюється заборона на "*зловживання правами, у тому числі правом на оскарження рішень, дії чи бездіяльності замовника*" (зміни до частини п'ятої статті 5 Закону України "Про публічні закупівлі"). При цьому про які саме права замовника, учасника процедур закупівлі, суб'єкта оскарження, їх представників чи лише про права на оскарження рішень, дії чи бездіяльності замовника йдеться у законопроекті незрозуміло;

3) законопроектом пропонується встановити *повноваження центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів, щодо перевірки наявності річного плану, договору про закупівлю та звіту про результати проведення закупівлі з використанням електронної системи закупівель, що підтверджують проведення процедури закупівлі/спрощеної закупівлі та за результатами якої укладено договір про закупівлю* (за законопроектом такі

повноваження органом реалізуватимуться, зокрема, до здійснення оплати за договором про закупівлю) (зміни до пункту 1 частини другої статті 7 Закону України "Про публічні закупівлі"). Проте, на нашу думку, така пропозиція потребує належного обґрунтування, зокрема, у частині відсутності у наведеному переліку звіту про договір про закупівлю, який укладений без використання електронної системи закупівель;

4) виглядають незрозуміло і положення законопроекту, за якими *"замовники, учасники процедури закупівлі, контролюючі органи, Уповноважений орган, інші особи протягом трьох робочих днів з дня отримання запиту органом оскарження, але не пізніше дня, що передує дню розгляду скарги, повинні подати до органу оскарження шляхом оприлюднення в електронній системі закупівель відповідні інформацію, документи та матеріали щодо проведення процедур закупівель"* (зміни до абзацу шостого частини шістнадцятої статті 18 Закону України "Про публічні закупівлі"). При цьому досить важко буде в подальшому оминати ситуацію, за якої відповідні суб'єкти не матимуть достатнього часу для надання відповідної інформації, документів та матеріалів, що може призвести до порушення їх прав на практиці;

5) позбавлена належного правового та економічного обґрунтування пропозиція законопроекту, що стосується виключення з критеріїв оцінки тендерних пропозицій/пропозицій (така оцінка саме і проводиться автоматично електронною системою закупівель на основі критеріїв і методики оцінки) такого критерію як "вартість життєвого циклу" (зміни до пункту 3 частини третьої та частини восьмої статті 29 Закону України "Про публічні закупівлі". При цьому слід ураховувати, що у пункті 2 частини другої цієї ж статті критерій "вартість життєвого циклу" залишається як самостійний критерій оцінки тендерних пропозицій/пропозицій.

3. Що ж до змін, які пропонуються до Закону України "Про Національне агентство України з питань виявлення, розшуку та управління активами, одержаними від корупційних та інших злочинів", зазначаємо, що передбачена у законопроекті редакція статті 21¹ Закону не містить чітко визначеного переліку "виняткових випадків", у яких застосовується окремий механізм передачі в управління відповідних активів, що, в свою чергу, не передбачає участі Національного банку України та національних комісій у прийнятті відповідних рішень.

Відтак, законопроект так само не відповідає конституційним принципам верховенства права та визначенню України правовою державою (статті 1 та 8 Конституції України), а також не враховує правової позиції Конституційного Суду України, у рішеннях якого неодноразово наголошувалося, що визначальними елементами верховенства права є принципи правової визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженості трактування у правозастосовній практиці і неминуче призводить до сваволі (абзац другий підпункту 5.4 пункту 5 мотивувальної частини Рішення

Конституційного Суду України від 22 вересня 2005 року № 5-рп/2005, від 29 червня 2010 року № 17-рп/2010, від 11 жовтня 2011 року № 10-рп/2011).

4. Також зазначаємо, що положення пунктів 1 та 3 розділу II "Прикінцеві та перехідні положення" законопроекту свідчать про відсутність достатніх і завершених механізмів для реалізації положень Закону, у разі його прийняття, оскільки виконання норм майбутнього Закону ставиться у залежність від прийняття відповідних підзаконних актів.

Наголошуємо, що Конституційний Суд України у Рішенні від 15 квітня 2020 року № 2-р(П)/2020 відзначив, що у контексті принципу верховенства права важливим є встановлення при внесенні змін до законодавства розумного часового проміжку між офіційним оприлюдненням закону і набранням ним чинності. Конституційний Суд України у Рішенні від 22 травня 2018 року № 5-р/2018 наголошував, що принцип верховенства права передбачає внесення законодавчих змін із визначенням певного перехідного періоду (розумного часового проміжку між офіційним оприлюдненням закону і набранням ним чинності), який дасть особам час для адаптації до нових обставин; тривалість перехідного періоду у разі зміни юридичного регулювання суспільних відносин має визначати законодавець у кожній конкретній ситуації з урахуванням таких критеріїв: мети закону в межах правової системи і характеру суспільних відносин, що ним регулюються; кола осіб, до яких застосовуватиметься закон, і їх здатності підготуватися до набрання ним (його новими положеннями) чинності; інших важливих обставин, зокрема тих, що визначають час, необхідний для набрання чинності таким законом (абзац п'ятий підпункту 4.1 пункту 4 мотивувальної частини). Конституційний Суд України виходить з того, що зміни в юридичному регулюванні має бути вчинено так, щоб особи, юридичного статусу яких такі зміни стосуються, мали реальну можливість пристосуватися до нової юридичної ситуації, зокрема, встигли реалізувати певні права (вчинити потрібні дії) у спосіб, встановлений законодавством до внесення відповідних змін.

Зважаючи на обсяг та характер висловлених зауважень, а також те, що законопроект у пропонованій до розгляду редакції не сприятиме належному вдосконаленню системи оскарження публічних закупівель, пропонуємо законопроект доопрацювати з урахуванням можливостей, передбачених частиною шостою статті 118 Регламенту Верховної Ради України.

Заступник керівника Головного
юридичного управління

В.МІЛОВАНОВ



ЕАС ВЕРХОВНОЇ РАДИ УКРАЇНИ

Підписувач: Мілованов Володимир Васильович
Сертифікат: 58E2D9E7F900307B04000000445F290035D59100
Дійсний до: 10.03.2023 0:00:00

Апарат Верховної Ради України
№ 07/02-2021/173812 від 28.05.2021



523062