

АКТУАЛЬНІ ПОГЛЯДИ НА ВІТЧИЗНЯНЕ ГОСПОДАРСЬКО-ПРАВОВЕ ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ДЕРЖАВНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ В ОХОРОНІ ЗДОРОВ'Я

АВТОР

Андрій ОЛЕФІР,аспірант Національного університету
«Юридична академія України
імені Ярослава Мудрого», м. Полтава

У сучасному світі нові потреби й технологічні проблеми сфери господарювання, стимулюючи розвиток перспективних напрямків комерційної діяльності, призводять до збільшення кількості осіб похилого віку, до поширення соціально небезпечних захворювань й інших наслідків, які об'єктивно підвищують значення охорони здоров'я в системі суспільних пріоритетів. Проте суттєве покращення ситуації зі станом здоров'я й смертністю в соціально відповідальних державах відбувається на фоні перманентного погіршення цих показників в Україні. Реформування вітчизняної системи господарського забезпечення відносин у сфері охорони здоров'я, що за фактичної відсутності відповідного напрямку в переліку пріоритетів державної політики є суто технократичним і зумовлене необхідністю скорочення предметних видатків, потребує комплексної ревізії засобів публічного регулювання сфери господарювання.

Проблема впливу держави на зміст і форми ринкових відносин є центральною не тільки для господарсько-правової, але й для юридичної науки як такої¹. Гарантуючи право громадян на охорону здоров'я, держава декларує, що соціальна безпека можлива тільки за умови застосування механізмів правового регулювання², оскільки тут провідна роль належить саме публічному елементу³.

Чільне місце в системі методів публічно-правового регулювання господарських відносин зай-

має правовий механізм державних закупівель, головне функціональне призначення якого – гарантувати своєчасне й ефективне задоволення суспільних потреб у товарах, роботах і послугах, а додаткове – економічне стимулювання господарської активності підприємств⁴. У господарських відносинах закупівель предметом державного впливу⁵ є системний договірний процес придбання товарів, робіт і послуг у спеціально-визначеному порядку, структуру якого складають стадії організації (переддоговірні відносини) і проведення (укладання договору) закупівель, у рамках яких допустиме застосування різних засобів регулюючого впливу на господарські відносини з метою гарантування державних соціально-економічних потреб і поєднання з цим взаємоузгоджених інтересів замовників і учасників, які провадять виробничо-торгівельну діяльність, а також виконують роботи й надають послуги вартісного характеру, які мають цінову визначеність. Зарубіжні дослідники не випадково говорять про закупівлі як про привілейований інструмент втручання в економіку для досягнення різних соціальних і політичних цілей⁶.

* * *

На сучасному етапі в урядових програмах економічного розвитку пропонується за допомогою правового механізму державних закупівель запроваджувати протекціоністські заходи й забезпечувати стимулювання внутрішньої пропозиції, що неправильно й передчасно.

По-перше, участь іноземних суб'єктів господарювання у процедурах закупівель і так незначна: серед укладених замовниками договорів у 2011 р. 99,56% припадає на вітчизняні підприємства, а

¹ Задихайло Д. В. Господарсько-правове забезпечення економічної політики держави: моногр. / Д. В. Задихайло. – Х.: Юрайт, 2012. – С. 90; Мамутов В. К. Сближение современных систем правового регулирования хозяйственной деятельности / В. К. Мамутов // Государство и право. – 1996. – № 8. – С. 41 – 51.

² Пашков В. М. Правовий господарський порядок і урядова фармацевтична політика, її наслідки та уроки / В. М. Пашков // Вісн. Нац. акад. прав. наук України. – 2009. – № 2 (57). – С. 84 – 95.

³ Вінник О. М. Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення: моногр. / О. М. Вінник. – К.: Атіка, 2003. – 352 с.

⁴ Олефір А. О. Господарсько-правове забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я: теоретичні та практичні аспекти: моногр. / А. О. Олефір. – Х.: Юрайт, 2012. – С. 194 – 203; Засоби та механізми господарсько-правового регулювання: кол. моногр. / Д. В. Задихайло, В. М. Пашков, В. С. Мілаш, О. Ю. Битяк та ін.; за наук. ред. Д. В. Задихайла. – Х.: Юрайт, 2013. – С. 280 – 313.

⁵ Задихайло Д. В. Основи господарського права України: навч. посіб. / Д. В. Задихайло, В. М. Пашков. – Х.: Юрайт, 2012. – С. 55, 57; Мартемьянов В. С. Хозяйственное право: общие положения: курс лекций / В. С. Мартемьянов. – [В 2-х т.]. – М.: Изд-во БЕК, 1994. – Т. 1. – С. 19.

⁶ Fernandez Martin José M. The EC public procurement rules: a critical analysis / José M. Fernandez Martin. – Oxford: Claredon Press, 1996. – P. 5.

0,44% – на іноземні. У 2012 р. кількість договорів з іноземними підприємствами продовжувала зменшуватися (постанова Колегії Рахункової палати (далі – РП) «Звіт про результати аналізу стану державних закупівель в Україні у 2011 та поточному роках» від 10.10.2012). Ситуація, яка значною мірою детермінована корупційним фактором, формально аналогічна до історії розвитку європейського ринку державних закупівель початку 90-х рр. ХХ ст., який був розмежований національними кордонами й тільки 2% контрактів укладалися з постачальниками з інших держав-членів⁷. Тому оголошені в державних програмах активізації економічного розвитку й імпортозаміщення заходи непрямого стимулювання вітчизняних товаровиробників під час участі в

Нині урядом пропонується за допомогою механізму державних закупівель запроваджувати протекціоністські заходи й забезпечувати стимулювання внутрішньої пропозиції, що є передчасним.

тендерах, по-перше, неоригінальні (постанова КМУ «Про затвердження Державної програми активізації розвитку економіки на 2013 – 2014 роки» від 27.02.2013), а навпаки – найбільш прості з погляду юридичного інструментарію закупівельного механізму; по-друге, їх запровадження загалом і без конкретизації об'єкта правового впливу, буде економічно збитковим і стане для недобросовісних замовників додатковим засобом обмеження конкуренції. Протекціонізм матиме сенс тільки за умови цільового забезпечення підприємств перспективної галузі економіки товарами на пільгових умовах, які держава купуватиме в конкурсному порядку, але в такому разі буде збільшене цільове фінансування. Саме тому ці заходи мають бути вибірковими й обмеженими в часі⁸.

⁷ Brown A. The extension of the community public procurement rules to utilities / A. Brown // *Common market law review*. – 1993. – Vol. 30, № 4. – P. 721.

⁸ Олефір А. О. Господарсько-правове забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я: теоретичні та практичні аспекти: моногр. / А. О. Олефір. – Х.: Юрайт, 2012. – С. 300.

Не торкаючись предмета дискусії між пропагандистами моделей самодостатньої й відкритої економік⁹, згадаємо приклад світової економічної кризи 2008 р., яка завдала тяжкого удару по світовій глобалізованій економіці, але який Індія, з огляду на орієнтацію національного виробництва переважно на внутрішній попит, майже не відчула. Проте на практиці в абсолютній більшості держав, які розвиваються й прагнуть обмежити імпортозалежність у такий спосіб, аргументація, пов'язана з розвитком перспективних галузей, використовується для того, щоб обґрунтувати галузевий, а не національний інтерес. У результаті підтримку одержують політично сильні, а не реально зростаючі сфери¹⁰. Ще в 30-і рр. ХХ ст. **Н. Тесла** критично висловлювався стосовно «Нового курсу» **Ф. Рузвельта**: «Ця програма призвела до витрат суспільних мільярдів для забезпечення абсолютної влади»¹¹.

Економіко-правова дискусія щодо протидії кризам обертається навколо традиційних проблем: кейнсіанство або монетаризм, дирижизм або лібералізм, коли на кожен аргумент про «провали ринку» знаходимо не менш переконливий аргумент на користь «провалів держави». Саме нетипові для теорії господарського права, але часті у фактичних правовідносинах «провали держави» суперечать раціональним ідеям про захист публічних інтересів у рамках господарсько-правового підходу. Незважаючи на слова **П.Т. Медсена** «Здавалося б беззаперечним, що дискримінаційна політика у сфері закупівель створює значні перешкоди в торгівлі, але зустрічаються точки зору, відповідно до яких проблема дискримінації не на стільки серйозна, як вона сприймається ЄС»¹², практика преференційної підтримки різних груп постачальників, насамперед, завдяки діяльності міжнародних організацій, поступово скорочува- тиметься¹³. Тому в аспекті адаптації українського

⁹ Там само. – С. 289 – 301; Засоби та механізми господарсько-правового регулювання: кол. моногр. / Д. В. Задихайло, В. М. Пашков, В. С. Мілаш, О. Ю. Битяк та ін.; за наук. ред. Д. В. Задихайла. – Х.: Юрайт, 2013. – С. 273 – 317.

¹⁰ Гуриев С. Мифы экономики: заблуждения и стереотипы, которые распространяют СМИ и политики / С. Гуриев. – М.: ООО «Юнайтед Пресс», 2011. – С. 207, 208.

¹¹ Сейфер М. Абсолютное оружие Америки / М. Сейфер; пер. с англ. Е. Моисеева. – М.: Эксмо; Яуза, 2005. – С. 263.

¹² Madsen P. T. Re-operating the debate on the lack of impact of EU – tenders on the openness of public procurement / P. T. Madsen // *Public Procurement Law Review*. – 2002. – Vol. 11, № 5. – P. 265.

¹³ Зданович Ю. А. Зарубежное законодательство о поставках товаров для государственных нужд, в том числе для нужд обороны / Ю. А. Зданович // *Военное право*. – 2011. – Вып. 4 [Электрон. ресурс]. – Режим доступа: <http://www.voennoepravo.ru/node/4652>. – Заглавие с экрана.

законодавства до демократичних стандартів особливо цінність мають правові засоби в рамках основного функціонального призначення закупівельного механізму, а також заходи економічної підтримки, які не підпадають під прямі заборони недискримінації, як-от: якщо конкурсна документація, розміщена замовником, містить вказівку на торговий знак товару (роботи чи послуги), який походить з іноземної держави чи групи іноземних держав, разом із посиланням «або еквівалент» замовник зобов'язаний розмістити торговий знак українського походження, який використовується на позначення аналогу іноземного товару (роботи чи послуги), за умови наявності такого знака.

По-друге, концептуальною вадою державних програмних документів і підходів до підвищення економічної активності господарського комплексу є намагання відразу механічно запровадити заходи непрямої підтримки суб'єктів господарювання, що, як свідчить практика, є (буде) недостатнім для досягнення позитивних результатів. Це пов'язано з тим, що залишаються відкритими питання системного усунення недоліків порядку організації й проведення процедур закупівель і створення конкурентного середовища. Тобто в корупційний механізм закупівель як засіб перерозподілу державних ресурсів (у 2011 р. сукупні витрати за процедурами закупівель становили близько 325 млрд грн.¹⁴) «проектні фінансисти» планують спрямувати додаткове фінансування, що призведе до зростання «корупційної» ренти й мінімальних позитивних зрушень. Із досвіду Латинської Америки ХХ ст. випливає, що бюджетна й грошова експансія сприяють поживленню економіки, але водночас призводять до збільшення державного боргу, прискорення інфляції, зростання відсоткових ставок. У результаті найпривабливішими стають інвестиції в державні папери, відбувається дестимулювання виробничих інвестицій через прискорення знецінення грошей¹⁵.

На думку **Г. Кіссінджера**, кризи світової економіки є своєрідним покаранням, яким ринок відповідає на нераціональні запозичення, відображає специфічний спосіб відновлення рівноваги попиту й пропозиції¹⁶. Не заперечуючи раціональної

складової цієї позиції, відзначимо, що незаангажовані західні дослідники наполягають на однозначній детермінованості великих економічних криз політичними подіями й перебудовами ринків¹⁷. **Й. Шумпетер** пише: «Припинення зростання й початок спаду не обов'язково переростають у кризу. Жодної невідворотності криз немає, і найчастіше вони пояснюються неекономічними причинами»¹⁸.

Головна передумова будь-якої економічної підтримки суб'єктів господарювання, яка передбачає збільшення державного фінансування, – досконалий механізм перерозподілу цих ресурсів, який не містить корупційних ризиків. Інакше кажучи, дисфункції механізму закупівель зведуть нанівець суспільно-корисний ефект від запровадження складніших правових засобів, адже з переважною кількістю цих негативних явищ, наприклад, із плануванням, із кваліфікаційним відбором і з оцінкою пропозицій конкурсних торгів сторони стикаються щоразу під час здійснення усіх видів закупівель. Тому без налагодження поточних і першочергових (базових) потреб сфери господарювання закріплення нових організаційних чи договірних елементів безперспективне.

Таким чином, у межах господарсько-правового підходу необхідно гарантувати ефективне, з погляду задоволення поточних потреб сфери охорони здоров'я, функціонування правового механізму державних закупівель, усунувши головні дисфункції, що дасть змогу раціонально використовувати державні кошти під час підтримки розвитку пріоритетних галузей національної економіки й соціальної сфери. Наприклад, науковці позитивно оцінюють результати соціальних реформ у Мексиці, де у зв'язку з відсутністю навіть первинної суспільної легітимності пропонувані урядом перетворень для підготовки Національної програми освіти, охорони здоров'я й харчування проведеній відкритий конкурс на виконання дослідницьких робіт, за результатами якого договір ціною 10 млн доларів США уклали з одним із науково-освітніх центрів¹⁹. Цей досвід корисний для України, адже навіть у розпорядженні КМУ №867-р від 31.10.2012, яким затверджено Стратегію реформування системи захисту

¹⁴ Звіт про діяльність Міністерства економічного розвитку і торгівлі України в 2011 році // Міністерство економічного розвитку і торгівлі України: звіти [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: www.me.gov.ua/file/link/.../Zvit_2011.pdf. – Заголовок з екрана.

¹⁵ Мау В. Турбулентное десятилетие: глобальный кризис (опыт прошлого и вызовы будущего) / В. Мау // Вестник Европы. – 2009. – №26 / 27. – С. 18 – 24.

¹⁶ Киссинджер Г. Нужна ли Америке внешняя политика? / Г. Киссинджер; пер. с англ., под ред. В. Иноземцева. – М.: Ладомир, 2002. – С. 248.

¹⁷ Слейтер Р. Нефть: кто диктует правила миру, сидящему на сырьевой игле / Р. Слейтер; пер. с англ. А. Калинина; под ред. В. Дорофеева. – М.: Коммерсантъ; Эксмо, 2011. – 240 с.

¹⁸ Шумпетер Й. Теория экономического развития: исследование предпринимательской прибыли, капитала, процента и цикла конъюнктуры / Й. Шумпетер; пер. с нем. В. Автономова; под общ. ред. А. Милейковского. – М.: Прогресс, 1982. – 455 с.

¹⁹ Гуриев С. Мифы экономики: заблуждения и стереотипы, которые распространяют СМИ и политики / С. Гуриев. – М.: ООО «Юнайтед Пресс», 2011. – С. 278.

прав споживачів на ринках фінансових послуг на 2012–2017 рр., констатується, що проведення реформи медичного й соціального забезпечення населення не сприймає.

* * *

Будь-який законний інтерес потребує правового захисту, оскільки він, із одного боку, лежить в основі суб'єктивних прав, а з іншого – обмежує реалізацію цих же прав²⁰. Хоча публічні інтереси в господарських відносинах закупівель в охороні здоров'я²¹ слід гарантувати комплексом дієвих правових засобів, предметне законодавство містить певні недоліки – фактори, які деструктивно впливають на правореалізацію на всіх стадіях механізму закупівель. Залежно від галузі народного господарства, для задоволення потреб якої проведено закупівлі, може бути визначений специфічний комплекс таких дисфункцій, але ми спробуємо виокремити основні, найактуальніші з погляду господарської практики в контексті сфери охорони здоров'я, які необхідно усунути першочергово. Що ж до недоліків правового механізму закупівель, то їх можна розмежувати на основні й похідні.

Основні дисфункції правового механізму державних закупівель в охороні здоров'я:

(1) немає налагодженої господарської взаємодії й узгодженості між централізованою й децентралізованою системами закупівель, внаслідок чого неможливо гарантувати ефективне задоволення потреб закладів охорони здоров'я й громадян у лікарських засобах, виробках медичного призначення, медичній техніці, що ускладнюється невирішеністю проблем організації виробництва й торгівлі лікарськими засобами, дисбалансом між структурою, обсягами споживання лікарських засобів і показниками захворюваності;

(2) звуженням сфери розповсюдження законодавства про закупівлі на господарські відносини, що передусім стосується виключення з цієї сфери державних і комунальних підприємств як замовників;

(3) поряд із тенденцією до скорочення й оптимізації мережі закладів охорони здоров'я й тенденцією до підвищення економічності використання ліжкового потенціалу закладів охорони здоров'я, яка призводить до збільшення наван-

таження на замовників у значенні зростання обсягів придбаних товарів, робіт і послуг, а також кількості проведених закупівель, досі не розроблені правові механізми функціонування стабільної й відкритої системи замовників у охороні здоров'я й створення господарських організацій, які були б спеціально уповноважені на організацію й проведення закупівель;

(4) не гарантовано інформаційну відкритість закупівельних процедур і не створено багатofункціональну ринкову інфраструктуру у сфері охорони здоров'я;

(5) чинна модель планування закупівель замовниками не здатна забезпечити ефективну організацію цього процесу, оскільки законодавчо не закріплені обов'язки замовників: по-перше, відображення у річних планах інформації про господарські організації, в інтересах яких буде здійснюватися централізована закупівля, конкретні потреби замовника, їх соціально-економічне обґрунтування; по-друге, децентралізований моніторинг пропозицій й цін на відповідні товари й послуги на ринку, а також не запроваджено стратегічне планування закупівель;

(6) нормативні правила визначення предмета закупівель у конкурсній документації не враховують специфіку задоволення потреб сфери охорони здоров'я в лікарських засобах, виробках медичного призначення, медичній техніці, медичних і соціальних послугах, що свідчить про загальну нерозвиненість галузевого регулювання у відносинах закупівель;

(7) неефективна система кваліфікаційного відбору учасників, що не гарантує допуск до оцінки пропозицій тільки тих суб'єктів господарювання, які здатні у повній мірі задовольнити потреби замовника;

(8) порядок розгляду й оцінювання пропозицій учасників має абстрактний характер, містить обмежене коло якісних критеріїв оцінки, не забезпечує поєднання економічної ефективності і якісних параметрів товарів і послуг як базових умов закупівель у сфері охорони здоров'я, внаслідок чого їх позитивні нецінові властивості часто не враховуються.

Зміст похідних дисфункцій правового механізму державних закупівель в охороні здоров'я полягає в тому, що порушуються засадничі положення законодавства, тобто принципи здійснення закупівель.

Похідні недоліки правового механізму закупівель:

(1) неефективне використання матеріально-фінансових ресурсів;

(2) своєчасно й у повному обсязі не задовольняються суспільні потреби в товарах, роботах і

²⁰ Резнікова В. В. Правове регулювання посередництва у сфері господарювання: моногр. / В. В. Резнікова. – Хмельницький: Хмельницький ун-т управління і права, 2010. – С. 74.

²¹ Олефір А. О. Господарсько-правове забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я: теоретичні та практичні аспекти: моногр. / А. О. Олефір. – Х.: Юрайт, 2012. – С. 390, 391.

послугах для виконання поточних господарських завдань;

(3) зменшення обсягу ринку закупівель у суб'єктному й фінансовому аспектах, зниження ефективності закупівель як засобу регулюючого впливу держави на відносини у сфері господарювання;

(4) збільшення можливостей для корупційних зловживань замовниками й кількості порушень законодавства про захист економічної конкуренції, зниження рівня конкуренції між постачальниками, тінізація публічних фінансів і проведених за їхній рахунок господарських операцій;

(5) перевантаженість замовників у значенні зростання обсягів придбаних товарів, робіт і послуг, а також кількості проведених закупівель, дисбаланси в системі задоволення державних потреб у лікарських засобах, виробих медичного призначення, медичній техніці;

(6) загроза звуження інформаційної відкритості процедур закупівель;

(7) придбання товарів, робіт і послуг за завищеними цінами;

(8) закупівля неякісних, небезпечних і неефективних товарів і послуг охорони здоров'я;

(9) перешкоди під час організації надання медико-санітарної допомоги й медикаментозного забезпечення громадян;

(10) не гарантовані об'єктивність і неупередженість під час оцінки конкурсних пропозицій і вибору переможця тощо.

Дисфункції правового механізму державних закупівель в охороні здоров'я мають юридичний характер, тому їх слід усувати за допомогою зміни існуючих або запровадження нових правових засобів нормативного регулювання. З погляду засобів фіксації у системі права, основні («первинні») дисфункції конкретні й саме вони детермінують існування похідних – практичних рис більшою мірою економічного порядку. Тому ліквідація перших означатиме й ліквідацію других. На думку **Б.І. Пугінського**, регулювання закупівель товарних ресурсів утворює величезну кількість проблем, оскільки без стійкого забезпечення економіка приречена на неефективність і занепад²². Свідченням цього можуть стати зміни в національній економіці, які за останні п'ятнадцять років мають переважно регресивний характер²³. Як зазначає **М.К. Сулейменов**, будь-

які господарські явища, діяльність і правовідносини мають економічні передумови виникнення²⁴. Кожна з визначених дисфункцій спричиняє порушення сукупності публічно-правових цінностей. Істотність таких порушень залежить від кількості й значення публічних інтересів, захист яких не було гарантовано, що помітно на прикладі похідних дисфункцій.

* * *

Визначені вище недоліки правового механізму державних закупівель призводять до порушень господарського законодавства як замовниками, так і учасниками конкурсів. На підставі аналізу звітності Міністерства економічного розвитку й торгівлі України (далі – МЕРТУ) і РП, практики адміністративного розгляду Антимонопольним комітетом України (далі – АМКУ) скарг про порушення закупівельного законодавства, фахових досліджень міжнародних організацій **до найтипівших правопорушень** слід віднести такі:

1. *Умови господарського договору про закупівлю відрізняються від змісту акцептованої пропозиції конкурсних торгів.*

Нині урядом пропонується за допомогою механізму державних закупівель запроваджувати протекціоністські заходи й забезпечувати стимулювання внутрішньої пропозиції, що є передчасним.

2. *Допуск до оцінювання конкурсних пропозицій учасників, які отримані після закінчення остаточного строку їх подання, або які змістовно не відповідають умовам тендерної документації, або які подані учасниками, які мають ознаки пов'язаних осіб, або визначення переможцем постачальника, заявка якого підлягала відхиленню, й неправомірне відхилення пропозицій інших учасників.* Поширені випадки, коли замовник, член комітету з конкурсних торгів або пов'язана з ними особа, маючи право інтелектуальної власності на винахід, корисну модель тощо, використовує його для

²² Пугинский Б. И. Коммерческое право России: учебник / Б. И. Пугинский. – М.: Юрайт-М, 2001. – С. 16.

²³ Задохайло Д. В. Мобілізаційна стратегія економічного розвитку в контексті правового господарського порядку: постановка питання / Д. В. Задохайло // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2007. – №1 (48). – С. 158 – 168.

²⁴ Сулейменов М. К. Хозяйственно-посреднические договоры услуг / М. К. Сулейменов // Советское гос-во и право. – 1973. – №3. – С. 50.

отримання корупційних доходів, наприклад, формує плани закупівель, які передбачають придбання об'єктів господарських прав, реалізація яких тягне за собою сплату роялті правовласнику (закупівлі, пов'язані із захистом прав інтелектуальної власності, проводяться в одного учасника). У таких випадках, як правило, йдеться про антиконкурентні дії замовників й узгоджену поведінку учасників процедур закупівлі (пп. 1, 3 – 7 ч. 2, ч. 3 ст. 6 і абз. 3, 7, 8 ч. 2 ст. 15 Закону України «Про захист економічної конкуренції» від 11.01.2001). У сфері охорони здоров'я це набуває особливої актуальності, адже, за даними АМКУ, на ринку охорони здоров'я відбувається 5,08% усіх антиконкурентних узгоджених дій суб'єктів господарювання. Більше правопорушень цього виду вчиняється лише на ринках житлово-комунального господарства, агропромислового й паливно-енергетичного комплексів²⁵.

Для недобросовісних замовників оптимальний варіант проведення процедур закупівель – відхилення пропозицій «непотрібних» претендентів і визначення переможцем суб'єкта господарювання, дії з яким було узгоджено, або відміна торгів на підставі ст. 30 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 (на спеціально створених для цього підставах, як правило, під час підготовки конкурсної й кваліфікаційної документації) і призначення закупівлі в одного учасника (підставою для цього є повторна відміна процедури закупівлі через відсутність достатньої кількості учасників). Чинне законодавство не містить ефективних засобів публічного контролю за правомірним застосуванням цієї процедури, у результаті чого об'єктивного ринкового відбору не відбувається й товар купується за суттєво завищеними цінами. Пропозиції учасників часто відхиляються на формальних підставах, наприклад, внаслідок включення в текст оголошення про проведення закупівлі чи конкурсної документації символів, які важко читаються або мають двозначні тлумачення. Протягом 2011 р. було скасовано чи визнано такими, які не відбулися, 21,8% усіх закупівель з таких причин: (а) подання для участі в торгах менше двох пропозицій (42 %); (б) невідповідність поданих пропозицій вимогам конкурсної документації (21,9 %); (в) допуск до оцінки пропозицій менше ніж двох учасників (13,9 %); (г) відхилення всіх про-

позицій (11,1 %); (д) відсутність подальшої потреби в товарах, роботах, послугах (11,1 %) ²⁶.

Отримання замовниками права укладати прямі договори про закупівлю без проведення конкурсних процедур або при їх формальному дотриманні не відповідає світовим стандартам, нормам Директив ЄС і позиції експертів Світового банку²⁷. Це підтверджує офіційна статистика, коли 2011 р. абсолютна більшість державних коштів в Україні витрачалася шляхом проведення відкритих торгів (269 634 917,17 тис. грн.) і закупівлі в одного учасника (95 171 977,58 тис. грн.), їх співвідношення становило 2,8 до 1²⁸. Зараз ця тенденція тільки посилюється: у постанові Колегії РП «Звіт про результати аналізу стану державних закупівель в Україні у 2011 і поточному роках» від 10.10.2012 відзначається, що в 2012 р. зменшилася питома вага відкритих процедур: частка проведених закупівель в одного учасника становить 41%. При цьому їх сумарна вартість в рази більша за вартість договорів, укладених на підставі конкурентних торгів.

Окрім закріплення в документації конкурсних торгів нечітких або дискримінаційних технічних (штучного розширення чи звуження необхідних властивостей предмета закупівлі) і кваліфікаційних вимог з метою відміни торгів або розробки документації під конкретного учасника²⁹, замовники не дотримуються правил конфіденційного розгляду конкурсних пропозицій і дають відповідну інформацію іншим учасникам, завчасно не публічно інформують потенційних постачальників про умови запланованого конкурсу. Наприклад, вказівка на точне фасування товару (масло вершкове по 230 г/пак. або молоко згущене в банках по 385 г) – це зайва деталізація, яка без обґрунтування потреби замовника саме в такій кількості товару з урахуванням специфіки його діяльності тягне за собою обмеження кола потенційних учасників. Водночас слід визнати, що дотримання цих вимог часто має суб'єктивний характер і залежить від аргументації замовника. За умови належного обґрунтування допустиме

²⁵ Звіт Антимонопольного комітету України за 2011 р. // Антимонопольний комітет України: річні звіти [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: http://www.amc.gov.ua/amc/control/uk/publish/article?sessionId=1275155431AD0033603145183B922BBF?art_id=212425&cat_id=212422. – Заголовок з екрана.

²⁶ Звіт щодо функціонування системи державних закупівель у січні – грудні 2011 року: нормативно-правове регулювання // Міністерство економічного розвитку і торгівлі України: державні закупівлі: звіти [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: http://me.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article/main?art_id=193975&cat_id=129962&search_param=%E2%E8%F0%EE%E1%B3%E2&searchPublishing=1. – Заголовок з екрана.

²⁷ Там само.

²⁸ Там само.

²⁹ Олефір А. О. Господарсько-правове забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я: теоретичні та практичні аспекти: моногр. / А. О. Олефір. – Х.: Юрайт, 2012. – С. 18.

закріплення в конкурсній документації вимог, за якими 100 мл готової молочної суміші має містити 1,7 г білків і 3,3 г жирів, якщо це зумовлено специфікою лікування хворих (у конкурсних пропозиціях учасники зобов'язані фіксувати не тільки нормативи, яким відповідає предмет закупівлі, але і його конкретну характеристику, оскільки при виконанні лише першої умови не завжди зрозуміло, яким якість відповідає предмету). Постійною адміністративною колегією АМКУ по розгляду скарг про порушення законодавства у сфері державних закупівель у рішенні №56-/пк-ск від 21.01.2013 було визнано дискримінаційним закріплення замовником у тендерній документації повного хімічного складу двох дезінфікуючих засобів, чим унеможливлено допуск до оцінювання еквівалентних препаратів.

У таких випадках узагальнений алгоритм протиправного проведення процедур закупівель складається з наступних етапів:

(а) підготовка плану використання державних коштів у спосіб, що дасть змогу придбати товари, які є предметом господарської діяльності підприємства, із яким замовник узгодив свою поведінку;

(б) фіктивне обґрунтування завищеної очікуваної вартості предмета закупівлі або наявності в організації господарських потреб у ньому;

(в) розробка конкурсної документації відповідно до комерційних ресурсів конкретного суб'єкта господарювання;

(г) відхилення пропозицій учасників на підставі невідповідності нормам технічних специфікацій чи іншим параметрам документації з метою визначення переможцем суб'єкта господарювання, із яким замовник узгодив свою поведінку.

Як результат, на практиці в процедурах закупівель бере участь невелика кількість підприємств (співвідношення кількості переможців торгів до учасників, які подали пропозиції, у середньому 1:3³⁰), і замовники, встановивши дискримінаційні вимоги, обмежують власний вибір і зазнають збитків (з погляду реалізації публічно-правових цінностей). Забігаючи наперед, зазначимо, що, хоча основним сенсом закупівель є більш-менш збалансоване гарантування комплексу законних публічних і приватних інтересів, система чинних правових засобів створює лише мінімальні гарантії їхнього захисту. Тому обмірковуючи та-

³⁰ Звіт щодо функціонування системи державних закупівель у січні – грудні 2011 року: нормативно-правове регулювання // Міністерство економічного розвитку і торгівлі України: державні закупівлі: звіти [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: http://me.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article/main?art_id=193975&cat_id=129962&search_param=%E2%E8%F0%E1%B3%E2&search_publishing=1. – Заголовок з екрана.

кі факти, як тривале існування основних проблем правового забезпечення закупівель і поступове збільшення кількості проблемних питань, правотворчу й правореалізаційну нескладність розробки засобів для їх усунення, стає очевидним, що у законодавця відсутня політико-правова воля на проведення відповідних перетворень (існує зацікавленість у збитковому перерозподілі коштів). За умови збереження тенденцій можна прогнозувати подальше планомірне обмеження публічних інтересів у сфері закупівель, що спричинить перетворення потужного за господарсько-правовою природою й універсального за сферами здійснення засобу державного регулювання економіки на регулятор, який не зможе виконати свою основну функцію, або повну ліквідацію конкурентних засад, принаймні, на найбільш капіталомістких ринках. Тому позитивний вплив матиме ратифікація Угоди про Зону вільної торгівлі між Україною і ЄС (усунення недоліків у правовому забезпеченні закупівель на принципах конкуренції й прозорості тотожне узгодження національного законодавства з правом ЄС), але з'являться інші, суттєвіші ризики³¹.

3. Визначення предмета закупівлі з порушеннями наказу МЕРТУ «Про затвердження Порядку визначення предмета закупівлі» від 26.07.2010 р., помилки при підготовці конкурсної документації про відповідність додатків документації її основним вимогам, порушення строків подання пропозицій тощо.

4. Замовники не оприлюднюють у встановленому законодавством порядку оголошення про закупівлі, річні плани закупівель, повідомлення про акцепт пропозиції конкурсних торгів, звіти про результати проведення закупівлі або порушують строки їх розміщення, або публікації містять недостовірну інформацію.

5. До складу комітету з конкурсних торгів замовника входять особи, членство яких законодавчо заборонене, або залучаються експерти, пов'язані з учасниками закупівель, допускаються порушення порядку прийняття рішень.

6. Невідповідність змісту господарського договору про закупівлю звіту про результати проведення закупівлі й річному плану, порушення строків укладення (оприлюднення) і правил оформлення цих документів, підписання договору про закупівлю від імені учасника особою, яка не має відповідних правомочностей.

³¹ Олефір А. О. Безперспективність розвитку інституту державних закупівель як перша якість сучасної господарсько-правової політики / А. О. Олефір // Форум права. – 2012. – № 3 [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://www.nbu.gov.ua/e-journals/FP/2012-3/12oaogpp.pdf>. – Заголовок з екрана.

7. Здійснення поділу предмета закупівлі на частини або зниження його вартості з метою уникнення проведення процедури закупівлі.

8. Недотримання законодавчо встановлених спеціальних підстав застосування закупівельних процедур, у тому числі через їх абстрактність і відсутність заходів господарсько-правової відповідальності за їх неналежне застосування, скорочення строків їх проведення.

9. Предмет державних закупівель визначається не відповідно до реально існуючих потреб замовників. Наприклад, у 2012 р. для потреб одного із реабілітаційно-спортивних центрів Західної України було придбано автомобіль «Mercedes-Benz Viano CDI 22 Trend Long» за 561 тис. грн.³²

На основі викладеного, слід виділити такі ознаки поведінки замовників і учасників під час проведення процедур закупівель, що можуть свідчити про вчинення *антиконкурентних дій*:

(1) менша, ніж зазвичай для подібних випадків, кількість учасників конкурсних торгів;

(2) переможець регулярно залучає конкурентів за торгами, які подавали більш вартісні заявки за аналогічними проектами, у ролі співвиконавців за господарськими договорами про закупівлі;

(3) відхилення від встановлених нормативів у технічному оформленні і способів подання конкурсних пропозицій, коли помітна нехарактерна для предмета закупівлі схожість за оформленням, структурою і змістом заявок (в одній із справ АМКУ було встановлено, що два підприємства, які брали участь у конкурсі на постачання закладу охорони здоров'я фармацевтичних препаратів, узгодили свої дії, обмінюючись інформацією, що було виявлено на підставі нехарактерної для подібних випадків схожості в зовнішньому оформленні пропозицій³³);

(4) замовник протягом певного проміжку часу переважну кількість закупівель здійснює в одного суб'єкта господарювання або у пов'язаних із ним осіб, або це відбувається у наперед визначеному режимі ротації з іншими учасниками;

(5) замовником встановлено занадто короткі строки виконання зобов'язань за господарським

договором про закупівлю, що не відповідає практиці виконання аналогічних угод;

(6) учасник процедури закупівлі зареєстрований як суб'єкт підприємництва за невеликий проміжок часу до її проведення (на думку міжнародних експертів, такий строк становить не менше 3 міс.³⁴) або ліквідований протягом кількох місяців після виконання контракту;

(7) виробництво (реалізація) товару, виконання роботи чи надання послуги, які є предметом закупівлі, не є основним видом діяльності учасника конкурсних торгів;

(8) надходження від продажу товарів, виконання робіт чи надання послуг на рахунки суб'єкта господарювання протягом фінансового року співмірні із сумарною вартістю укладених ним господарських договорів про закупівлі за цей період у ролі учасника конкурсних процедур, за умови, що цей суб'єкт не має монопольного положення на ринку;

(9) рух коштів на рахунках переможця закупівлі має транзитний характер, перерахування здійснюються на адреси офшорних компаній з низьким рівнем прозорості руху капіталу або у схеми «тінювих» фінансових послуг; із рахунків суб'єкта господарювання знімаються значні готівкові кошти, що не обумовлено основним предметом його діяльності;

(10) укладення додаткових угод до господарських договорів про закупівлю, ціна яких перевищує вартість основного договору;

(11) проведення процедури закупівлі в одного учасника за наявності підстав, передбачених у п. 3 ч. 2 ст. 39 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010;

(12) неналежне виконання господарського договору про закупівлю постачальником або попередня оплата замовником непоставлених товарів, невиконаних робіт, ненаданих послуг;

(13) подання учасниками пропозицій з демпінговими цінами (експерти до таких випадків відносять зниження ціни на 30% порівняно з початковою ціною чи з пропозиціями інших учасників³⁵),

³² Минулого року державні та комунальні установи направили понад півмільярда на закупівлю легкових авто // Наші гроші: медицина [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://nashigroshi.org/2013/01/24/mynuloho-roku-derzhavni-ta-komunalni-ustanovy-narvayuly-ponad-pivmilyarda-na-zakupivlyu-lehkovyh-avto/>. – Заголовок з екрана.

³³ Огляд характерних справ, розглянутих Антимонопольним комітетом України у 1 кварталі 2012 року // Антимонопольний комітет України: конкуренція: антиконкурентні узгоджені дії: огляд показових справ [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://www.amc.gov.ua/amku/control/main/uk/publish/article/90282>. – Заголовок з екрана.

³⁴ Отчет Рабочей группы Евразийской группы по противодействию легализации преступных доходов и финансированию терроризма о результатах работы по типологическому исследованию по теме: «Противодействие правонарушениям в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» // Евразийская группа по противодействию легализации преступных доходов и финансированию терроризма. – 2011 [Электрон. ресурс]. – Режим доступа: http://eurasiangroup.org/WGTYR_2011_6_rus.doc. – Заглавие с экрана.

³⁵ Николова Т. Две разные идеологии госзаказа / Т. Николова // Госзакупки.ру. – 2012. – Вып. 2 [Электрон. ресурс]. – Режим доступа: <http://www.gosbook.ru/node/47090>. – Заглавие с экрана.

що ставить під сумнів виконання зобов'язання без перегляду його умов або зривів у поставках;

(14) проведення закупівлі за завищеними цінами, які вищі за середньоринкові;

(15) суттєва цінова різниця між конкурсними пропозиціями переможця закупівлі й інших учасників;

(16) один суб'єкт господарювання або пов'язані з ним особи стають переможцями процедур закупівель окремих видів товарів у певному регіоні;

(17) замовником акцептовано пропозицію з ціною, що значно перевищує значення аналогічних пропозицій цього учасника під час проведення інших закупівель або сум попередніх розрахунків, за відсутності належних обґрунтувань;

(18) учасники, які транспортують товари на невеликі відстані, вимагають таку саму плату, як і ті, що здійснюють поставки на тривалу відстань або навпаки.

Таким чином, чинна система державного регулювання господарських відносин закупівель в охороні здоров'я не спроможна гарантувати всього комплексу представлених публічних інтересів і, відповідно, забезпечити ефективне функціонування закупівельного механізму на всіх його стадіях. Такий висновок випливає з наявності великої кількості недоліків правової форми, що призводять до виникнення реальних загроз національній безпеці й базовим суспільним цінностям, а також підтверджується фактичними даними, які є наслідками цих дисфункцій.

* * *

Періодичне оновлення суспільства як загальна закономірність обумовлене факторами вичерпності потенціалу розвитку, обов'язковості оновлення для забезпечення переходу від однієї фази до іншої, постійного зростання людських потреб, необхідності пристосування суспільства до змін навколишнього середовища. Тобто, якщо система не вдосконалюється, вона поступається місцем іншій системі, здатній задовольнити нові потреби³⁶. **М.І. Матузов** звертає увагу на такі засоби оновлення правового режиму, як становлення нових соціально-юридичних станів, поява нетрадиційних суб'єктів і об'єктів права, інтенсивний розвиток форм підприємництва, переорієнтація на більш досконалі і вільні методи регулювання, зміна пріоритетів у системі юридичних цінностей³⁷. Оскільки існують специфічні факто-

ри впливу на охорону здоров'я й господарсько-правові засоби їх нейтралізації, на підставі аналізу правових засобів, у рамках яких виникають дисфункції правового механізму державних закупівель у сфері охорони здоров'я, слід сформулювати загальні напрямки удосконалення законодавства, які на сучасному етапі повинні стати пріоритетними.

Слід виокремити два загальні підходи до оцінювання ефективності правового механізму державних закупівель:

(1) має значення як результат, так і засоби його досягнення;

(2) має значення тільки результат, безвідносно до засобів досягнення.

На сучасному етапі в Україні не реалізовані ані концепція максимізації результату, ані максимізація ефективності (хоча на практиці перша неможлива без другої). З одного боку, замовники одержали суттєву свободу дій при виборі поставальників (торгівельний режим більш ліберальний, аніж у Директиві 2004/18/ЄС, Федеральному Законі РФ «Про розміщення замовлень на поставки товарів, виконання робіт, надання послуг для державних і муніципальних потреб» від 21.07.2005), а з другого – ні фінансові, ні соціально-економічні, ні логістичні результати в межах обох підходів не досягнуті, правова робота більшості замовників оцінюється негативно (закупівлі лише формально є конкурсним механізмом, єдиний правовий засіб, який має вагоме значення, принаймні інформаційне, – це вимога публічного оприлюднення закупівельного процесу). З погляду нормативізму, замовник, який придбав неякісний товар або акцептував пропозицію суб'єкта господарювання без попереднього кваліфікаційного відбору, що призвело до зривів чи затягування поставок, своє господарське завдання виконав, адже провів процедуру закупівлі, діючи в рамках чинних господарсько-правових засобів. Така ситуація обумовлена дисфункціональністю первинних стадій правового регулювання суспільних відносин. Саме тому багато корупційних правопорушень у сфері закупівель в охороні здоров'я формально такими не є.

Тенденції розвитку правової політики держави свідчать про посилення на нормативному рівні інтересів окремих суб'єктів господарського права з подальшим порушенням балансу публічних і приватних інтересів на державному рівні³⁸. Це

³⁶ Яковец Ю. В. Глобальные экономические трансформации XXI века / Ю. В. Яковец. – М.: Экономика, 2011. – С. 56.

³⁷ Матузов Н. И. Теория государства и права: учебник / Н. И. Матузов, А. В. Малько. – М.: Изд. дом «Дело» РАНХиГС, 2011. – С. 519.

³⁸ Пашков В. М. Правовий господарський порядок у забезпеченні антикорупційної діяльності в сфері охорони здоров'я / В. М. Пашков // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2010. – № 3 (62). – С. 185 – 195.

твердження цілком справедливе й для відносин закупівель, де останнім часом законодавець фактично відмовився, всупереч Конституції України, ст.ст. 5 і 6 ГК України, здійснювати реалізацію антикорупційної й антимонопольно-конкурентної політики, маскуючи це примітивною й зайвою стосовно конкретних ситуацій, щодо яких, наприклад, має діяти дозвільний тип правового регулювання, лібералізацією правових інститутів (помітна тенденція до деградації нормативного змісту Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010, який у першій редакції отримав низку схвальних відгуків, але з плином двох років набув ознак більш деструктивних для національної економіки та соціальної сфери, ніж сумнозвісний Закон України «Про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти» від 22.02.2000), тим самим надаючи замовникам і учасникам конкурсних процедур держави, яка замикає другу сотню рейтингу країн з найнижчим рівнем корупції, більше свобод, аніж це передбачено законодавством ЄС, РФ, США й багатьох інших економік світу³⁹.

Неврегульованість остаточних термінів оголошення тендерів призводить до затягування конкурсних процедур, внаслідок чого пацієнти отримують ліки лише наприкінці року.

З цього приводу **В.М. Пашков** зауважує: «Парадокс полягає в тому, що управлінсько-регулююча й організаторська діяльність держави щодо налаштування ринкового механізму саморегуляції має базуватися саме на розширенні прямого втручання в економіку, тобто на адміністративних методах»⁴⁰. Як зазначає **І.А. Покровський**, в окремих сферах відносини мають регулюватися тільки велінням єдиного центру, яким є держава⁴¹. Тому в умовах української правової реаль-

ності господарський правопорядок в цій сфері буде гарантований тільки за умови забезпечення своєчасного й ефективного задоволення суспільних потреб у товарах, роботах і послугах, при максимальному усуненні підстав для двозначних тлумачень нормативних приписів і при запровадженні дозвільного типу правового регулювання в тих аспектах відносин, де є передумови чи загрози для обмеження конкуренції, вибору контрагентів на суб'єктивних засадах⁴², що стосується й інших аспектів господарських відносин закупівель (наприклад, проблеми розповсюдження законодавства про державні закупівлі на державні й комунальні підприємства публічного права). На схвальну оцінку заслуговує задекларований в Указі Президента України «Про Національну антикорупційну стратегію на 2011–2015 роки» від 21.10.2011 пріоритетний курс на виявлення й усунення умов, які сприяють або можуть сприяти виникненню корупції. Відомий американський юрист **Т. Гаті** пише: «Недоцільно боротися з корупцією за допомогою тільки страху перед покаранням. Якщо держава занадто захопитися цим способом попередження корупції, то гідні люди відмовляться від перспективи держслужби»⁴³.

В офіційних документах йдеться про похідні проблеми сфери закупівель, але конкретні, багатовекторні й результативні способи їх усунення не описуються. Відсутність в Україні дієвого механізму правового регулювання господарських відносин пов'язана з істотним розходженням поглядів науковців і політиків на мету, масштаби, напрямки й засоби такого впливу⁴⁴. Унікальність нинішньої ситуації не в тому, що в цій сфері велика кількість зловживань, а в тому, що вони очевидні, суб'єкти господарського права про них поінформовані, але на рівні правової політики спроб усунути їх підґрунтя немає, хоча в господарсько-правовій літературі розроблено комплекси поетапних перетворень законодавства про державні закупівлі (методики й правила оцінювання пропозицій учасників, загальні й спеціальні правила опису предмета закупівлі в конкурсній документації, підходи до організації роботи комітетів із конкурсних торгів і планування державних

³⁹ Олефір А. О. Деякі питання господарсько-правового забезпечення конкурентного середовища в державних закупівлях / А. О. Олефір // Юридичний журнал. – 2012. – № 10 (124). – С. 29 – 38.

⁴⁰ Пашков В. М. Правове регулювання обігу лікарських засобів: моногр. / В. М. Пашков. – К.: Вид-во МОРІОН, 2004. – С. 27.

⁴¹ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права: учебник / И. А. Покровский. – Петроград: Изд. юрид. кн. склада «ПРАВО», 1917. – С. 38.

⁴² Олефір А. О. Господарсько-правове забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я: теоретичні та практичні аспекти: моногр. / А. О. Олефір. – Х.: Юрайт, 2012. – С. 250.

⁴³ Зимин Н. Как в Америке обуздали тягу чиновников к красивой жизни / Н. Зимин // Итоги. – 2012. – № 36 (847) [Электрон. ресурс]. – Режим доступа: <http://www.itogi.ru/polit-tema/2012/36/181639.html>. – Заглавие с экрана.

⁴⁴ Задихайло Д. В. Господарсько-правове забезпечення економічної політики держави: моногр. / Д. В. Задихайло. – Х.: Юрайт, 2012. – С. 91.

потреб, організації зберігання товарів, особливості проведення закупівель в одного учасника й за рамковими угодами тощо⁴⁵), а також практичних рекомендацій, орієнтованих саме на одиничних замовників.

* * *

Якщо об'єкт цих змін досить широкий (відносно закупівель загалом і специфічні аспекти сфери охорони здоров'я), то в цьому дослідженні увага буде приділятися тільки практично значущим і таким, що мають високий ступінь новизни, питанням господарсько-правового забезпечення закупівель в охороні здоров'я, згідно з поданим вище переліком основних дисфункцій:

- визначення моделі нормативного врегулювання особливостей закупівель продукції й послуг для задоволення потреб охорони здоров'я;
- налагодження господарської взаємодії й узгодженості між централізованою й децентралізованою системами закупівель⁴⁶, гарантування своєчасного й повного задоволення суспільних потреб;
- розвиток систем інформаційної підтримки учасників ринку закупівель;
- запровадження антикорупційних правових засобів і засобів, які унеможливають придбання неякісних чи небезпечних товарів, а також нерациональні витрати державних коштів.

Ці юридичні інструменти мають антикорупційну спрямованість і кожен із них є поліфункціональним, зберігаючи домінуючий вплив на певний напрямок, наприклад, гарантування своєчасного задоволення суспільних потреб для виконання поточних завдань у сфері охорони здоров'я матиме помітний антикорупційний ефект, а недопущенню закупівель за завищеними цінами сприятиме антикорупційна складова законодавства.

Передусім слід відповісти на концептуальне питання й визначити загальний підхід до удосконалення нормативного регулювання відносин по організації й проведенню державних закупівель у сфері охорони здоров'я, адже в постанові КМУ «Деякі питання удосконалення системи охорони здоров'я» від 17.02.2010 Міністерству охорони здоров'я (далі – МОЗУ) разом із МЕРТУ доручено розробити пропозиції змін до поряд-

ку здійснення закупівель з метою врегулювання особливостей придбання медичних послуг, удосконалення системи централізованих закупівель лікарських засобів і виробів медичного призначення, а також забезпечення надходження в обіг високоякісної, ефективної й безпечної продукції.

По-перше, Закон України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 регламентує господарські відносини за принципом моноактності, який також реалізовано в ЄС, КНР, РФ, США і Франції. По-друге, відзначається недостатній ступінь спеціалізації правового забезпечення закупівель для задоволення потреб сфери охорони здоров'я: Закон України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 містить скорочені строки проведення конкурсних процедур для придбання лікарських засобів і виробів медичного призначення при появі обґрунтованої нагальної потреби; одна з умов закупівлі в одного учасника – особливі соціальні обставини, зокрема пов'язані з негайною ліквідацією наслідків надзвичайних ситуацій техногенного й природного характеру, з наданням гуманітарної допомоги іншим державам.

Обмежена спеціалізація в рамках базового закону й відсутність окремих актів законодавства, які б регламентували особливий режим закупівель для задоволення потреб цієї сфери, свідчать, що вітчизняний законодавець орієнтується на передовий світовий досвід.

Європейська Комісія в Директиві 2004/18/ЄС консолідувала зміст трьох документів, які запроваджували диференційоване регулювання на ринках товарів, робіт і послуг. На думку європейських дослідників, модель нормативного регулювання має визначатися на підставі таких критеріїв, як спрощення системи регулювання, підтримання стабільності основної структури, відповідність сучасним тенденціям розвитку галузі⁴⁷.

У США мета правового регулювання закупівель – подолання відомчості при формуванні й укладенні контрактів, централізація й уніфікація правових актів⁴⁸.

⁴⁵ Олефір А. О. Господарсько-правове забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я: теоретичні та практичні аспекти: моногр. / А. О. Олефір. – Х.: Юрайт, 2012. – 456 с.; Засоби та механізми господарсько-правового регулювання: кол. моногр. / Д. В. Задихайло, В. М. Пашков, В. С. Мілаш, О. Ю. Битяк та ін.; за наук. ред. Д. В. Задихайла. – Х.: Юрайт, 2013. – С. 273 – 317.

⁴⁶ Олефір А. О. Господарсько-правове забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я: теоретичні та практичні аспекти: моногр. / А. О. Олефір. – Х.: Юрайт, 2012. – С. 153 – 159.

⁴⁷ Ramsey L. The New Public Procurement Directives: a partial solutions of the problems of procurement compliance, European public law / L. Ramsey // Kluwer law international. – 2006. – Vol. 2, № 1. – Pp. 275 – 294.

⁴⁸ Отчет Рабочей группы Евразийской группы по противодействию легализации преступных доходов и финансированию терроризма о результатах работы по типологическому исследованию по теме: «Противодействие правонарушениям в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» // Евразийская группа по противодействию легализации преступных доходов и финансированию терроризма. – 2011 [Электрон. ресурс]. – Режим доступа: http://eurasiangroup.org/WGTYP_2011_6_rus.doc. – Заглавие с экрана.

Це ж питання стало предметом обговорення й у РФ: у листі Громадської палати РФ «Висновок за результатами громадської експертизи проекту Федерального закону № 68702-6 «Про Федеральну контрактну систему в сфері закупівель товарів, робіт, послуг» від 08.06.2012 звертається увага на необхідність враховувати галузеві особливості розміщення замовлень на поставку продукції для державних потреб тільки за наявності належного обґрунтування; Федеральна антимонопольна служба РФ критично ставиться до урядового законопроектного про федеральну контрактну систему, який не вирішить реальних проблем і зруйнує систему держзамовлення, оскільки містить посилання на 56 підзаконних актів, які мають бути прийняті⁴⁹. Як пише **О.О. Беляєва**, уніфікація торговельного законодавства є завданням необхідним, хоча й надзвичайно складним⁵⁰.

Аналіз зловживань у сфері закупівель свідчить, що найбільша їх частка припадає на органи публічної влади – замовників, які в організаційно-господарських відносинах виступають як регулятори.

Спеціалізація в праві як об'єктивний процес зумовлена різноманітністю суспільних відносин⁵¹. Змінюючи параметри регулювання для залучення до торгів якомога більшої кількості конкурентів, слід скасовувати суворі вимоги, які стосуються неістотних формальностей і призводять до результатів, від яких багато втрачає приватна особа⁵². І. Покровський зауважує, що формалізм,

⁴⁹ Николова Т. Две разные идеологии госзаказа / Т. Николова // Госзакупки.ру. – 2012. – Вып. 2 [Электрон. ресурс]. – Режим доступа: <http://www.gosbook.ru/node/47090>. – Заглавие с экрана.

⁵⁰ Беляева О. А. Торги: теоретические основы и проблемы правового регулирования: автореф. дис. на соиск. учен. степ. д-ра юрид. наук: спец. 12.00.03 «Гражданское право; предпринимательское право; семейное право; международное частное право» / О. А. Беляева; Ин-т законод. и сравн. правовед. при Правительстве РФ. – М., 2012. – С. 4.

⁵¹ Беляевич О. А. Про спеціалізацію в правовому регулюванні господарських договірних відносин / О. А. Беляевич // Право України. – 2010. – № 8. – С. 65.

⁵² Шабанов И. Заметка на некоторые законы по производству торгов / И. Шабанов // Журнал Министерства юстиции. – Спб.: Тип. Правительственного сената, 1865. – Т. 25. – С. 50.

який супроводжується суворою регламентацією угод ділового спілкування й виключає прояви внутрішньої волі суб'єктів був характерний стародавньому праву, його обґрунтуванням для людини того часу була містична приреченість. Це не виправдовує закріплення принципу абсолютної свободи договору, який у такому сенсі означатиме несвободу економічну й за відомих умов може бути фактором економічного рабства⁵³. У господарських відносинах закупівель у сфері охорони здоров'я загальнодозвільний тип правового регулювання також має обмежений вплив, що зумовлене істотністю публічних інтересів у цій сфері⁵⁴.

Врахування особливостей ринкового обігу товарів і послуг охорони здоров'я в межах єдиного механізму державних закупівель слід забезпечувати за допомогою або вдосконалення загального порядку здійснення закупівель, що передбачає закріплення універсальних за предметом нормативних приписів, правозастосування яких матиме позитивний вплив на більшість сфер народного господарства, або, якщо гарантувати господарський правопорядок у перший спосіб неможливо, шляхом підвищення гнучкості під час проведення конкретних закупівель, фіксуючи деякі особливості для сфери охорони здоров'я в Законі України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010, які узгоджуватимуться з його парадигмою, а також активізація рекомендаційної правотворчості, оптимізація договірної роботи.

Такі особливості доцільно запровадити в структурі наступних правових засобів:

- (1) порядок організації й проведення централізованих закупівель;
- (2) правовий статус замовників;
- (3) консультативний супровід закупівель;
- (4) планування державних закупівель і порядок подання конкурсних пропозицій;
- (5) вимоги до підготовки конкурсної документації й технічних специфікацій, а також порядок визначення якісних, функціональних і безпекових характеристик предмета закупівель;
- (6) правила й критерії розгляду й оцінювання пропозицій учасників.

Ці правові засоби визначено на підставі того, що на сучасному етапі деструктивного впливу зазнають передусім публічні інтереси (право громадян на охорону здоров'я).

⁵³ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права: учебник / И. А. Покровский. – Петроград: Изд. юрид. кн. склада «ПРАВО», 1917. – С. 237, 256.

⁵⁴ Олєфір А. О. Господарсько-правове забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я: теоретичні та практичні аспекти: моногр. / А. О. Олєфір. – Х.: Юрайт, 2012. – С. 191 – 193.

З огляду на основні дисфункції правового механізму державних закупівель в охороні здоров'я й негативні для практичного застосування наслідки звуження сфери розповсюдження закупівельного законодавства на суспільні відносини, саме цими правовими засобами обмежується раціональна спеціалізація нормативного регулювання цього питання, а будь-які інші нормативні перетворення призведуть до зайвої формалізації, до ускладнення регулювання господарських відносин. Оскільки зміни до законодавства про закупівлі суб'єкти законодавчої ініціативи вносять переважно в силу вузькогалузевих, бізнесових чи політичних інтересів, коли із сімнадцяти законів лише три ініційовані МЕРТУ (постанова Колегії РП «Звіт про результати аналізу стану державних закупівель в Україні у 2011 й поточному роках» від 10.10.2012), функцію МЕРТУ по розробці нормативно-правового регулювання в цій сфері доцільно тимчасово делегувати спеціально створеній громадській раді професійних учасників ринку державних закупівель, що дасть змогу активізувати нормотворчу роботу і враховувати законні інтереси всіх зацікавлених сторін. Водночас необхідно зважати й на зворотну тенденцію: згідно з офіційною позицією МЕРТУ, якщо протягом року законодавство про державні закупівлі змінюється кілька разів, то це дезорієнтує суб'єктів ринку й призводить до небажання брати участь у торгах⁵⁵. До речі, одна з фундаментальних відмінностей між романо-германською й англо-саксонською правовими системами полягає в ступені інтенсивності процесу оформлення інститутів. Англосаксонська система («новаторського права») характеризується високою інтенсивністю процесу законотворчості, який стимулює постійна поява нових джерел прецедентів. Романське право більш інертне, його структура не сприяє інтенсивності правотворчості. Саме тому інтенсивність трансформації соціальних інститутів у правові в Україні детермінована як фактором «політичного ринку», так і незафіксованістю економічної стратегії держави в законодавчій формі спеціального конституційного закону⁵⁶.

⁵⁵ Звіт щодо функціонування системи державних закупівель за 2008 р. // Міністерство економічного розвитку і торгівлі України. Державні закупівлі: звіти [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: http://www.me.gov.ua/control/uk/publish/article?art_id=132528&cat_id=129962. – Заголовок з екрана.

⁵⁶ Задихайло Д. В. Правові засади формування та реалізації економічної політики держави: автореф. дис. на здоб. наук. ступ. д-ра юрид. наук: спец. 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право» / Д. В. Задихайло; Нац. ун-т «Юрид. акад. України ім. Я. Мудрого». – Х., 2013. – С. 23.

Для унеможливлення зривів і затягувань під час проведення конкурсних процедур, які ставлять під загрозу досягнення мети механізму закупівель (надання громадянам, які потребують безперервного медикаментозного забезпечення, медичних і соціальних послуг, лікарських засобів тощо), на нормативному рівні слід збалансувати взаємодію централізованої й децентралізованої систем закупівель, гарантувати своєчасність задоволення суспільних потреб, спростити порядок проведення торгів.

По-перше, закріплені у ст.ст. 21 і 28 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 скорочені строки придбання лікарських засобів і виробів медичного призначення не розповсюджуються на електронні реверсивні аукціони, не дають змоги замовникам оперативно задовольняти свої потреби. У повідомленні РП «Джерело придбання автомобілів для інвалідів замулюється» від 05.12.2012 відзначено, що через довготривалі процедури відбору виконавців державного замовлення у 2011 р. Фонд соціального захисту інвалідів не використав і повернув до державного бюджету 75,5 млн грн. Як наслідок, держзамовлення було виконане на 10,5%, а отримання автомобілів для 1296 інвалідів відклали на невизначений термін. Це свідчить про недостатнє врахування інтересів замовників у законодавстві, яке, на думку фахівців, має передбачати взаємовигідне партнерство для обох сторін⁵⁷. До речі, у зв'язку з фінансовою кризою 2008 р. Європейська комісія пропонувала використовувати прискорені процедури закупівель не тільки в невідкладних випадках, але й для всіх великих суспільних проектів, що суттєво допоможе державам-членам підтримувати економіку шляхом оперативної реалізації інвестиційних проектів⁵⁸. Тому строки подання конкурсних пропозицій, розгляду, оцінювання й визначення переможця торгів, закріплені у згаданих нормативних приписах, а також строки подання заявок на участь в аукціоні слід скоротити на третину.

По-друге, у структурі бюджетних правопорушень частка правопорушень, вчинених у сфері закупівель, становить 19,1%, із яких 16% – у системі охорони здоров'я⁵⁹. Хоча в ст. 31 Закону Украї-

⁵⁷ Пашков В. М. Господарсько-правовий статус закладів охорони здоров'я: моногр. / В. М. Пашков. – К.: МОПІОН, 2008. – С. 79.

⁵⁸ The EU single market. Public procurement: European Commission recognize the need for accelerated procedures [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/index_en.htm. – Заголовок з екрана.

⁵⁹ Звіт Рахункової палати України за 2011 рік // Рахункова палата України: звіти [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: www.ac-rada.gov.ua/doccatalog/document/16740480/Zvit_2011.pdf. – Заголовок з екрана.

ни «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 передбачені спеціальні гарантії інтересів замовників на випадок відмови переможця торгів підписати договір про закупівлю, але гарантії у випадку неналежного виконання зобов'язань учасниками на стадії виконання договору відсутні. Встановлення правових засобів у адміністративно-господарський спосіб як доповнення до договірних засобів виправдане з погляду необхідності мінімізувати ризики маніпуляцій із відміною торгів, а також з огляду на те, що на цій стадії строк дії решти конкурсних пропозицій уже минув і замовник буде змушений проводити нові торги (хоча є підстави для закупівлі за скороченою процедурою). Крім цього, потрібно заповнити деякі прогалини в нормативному регулюванні, пов'язані з втратою чинності наказу МЕРТУ «Про затвердження Типового договору про закупівлю товарів (робіт або послуг) за державні кошти та Інструкції щодо заповнення Типового договору про закупівлю товарів (робіт або послуг) за державні кошти» від 27.07.2010, а також правовими засобами унеможливити поширене в господарській практиці явище «бар'єри для зміни постачальника» (установлена система «замовник – «свій» постачальник»), коли в умовах постійного дефіциту фінансування збитки маскуються неповним плановим забезпеченням потреб замовника і, як наслідок, укладаються фіктивні контракти, чому відчутно сприяє бездіяльність контролюючих органів.

На думку науковців-господарників, співвідношення ГК України і підгалузевих актів у частині забезпечення системного й ефективного державного регулювання діяльності суб'єктів господарювання потребує доопрацювання⁶⁰.

Тому доцільно запропонувати такі зміни до законодавства про державні закупівлі у сфері охорони здоров'я:

(1) дати замовникам право закріплювати в конкурсній документації положення про продовження строку чинності поданих учасниками пропозицій на випадок, якщо учасник, з яким укладено договір, не спроможний виконати контрактні зобов'язання в повному обсязі, або якщо судом винесено ухвалу про забезпечення позову, поданого у зв'язку з невиконанням контракту, про розірвання договору, або якщо АМКУ прийнято рішення про відміну результатів торгів; у такому разі замовник матиме право укласти угоду з тим учасником, пропозиція якого на торгах має наступний порядковий номер, відповідно до зафіксованих у ній параметрів;

(2) визначити мінімальний розмір штрафних санкцій за неналежне виконання учасниками господаарсько-договірних зобов'язань, які замовники зобов'язані фіксувати в договорах: у разі невиконання чи несвоєчасного виконання зобов'язань при закупівлі товарів за державні кошти постачальник сплачує замовнику штрафні санкції – у розмірі 0,5% від суми непоставленого товару за кожний день затримки, а за прострочення понад 30 днів додатково стягується штраф у розмірі 15 % вказаної вартості; за порушення умов зобов'язань по якості, безпечності й комплектності товарів стягується штраф у розмірі 30% вартості таких товарів;

(3) при закупівлі медичної техніки й обладнання на суму, яка перевищує 1 млн грн., розмір забезпечення виконання договору про закупівлю за рішенням замовника може бути збільшений до 10% вартості договору; замовник зобов'язаний закріплювати в конкурсній документації спеціальні вимоги до гарантійного терміну й обслуговування, які передбачають компенсацію експлуатаційних витрат, витрат на навчання осіб, які використовують (обслуговують) товар, а також виконання постачальником інших зобов'язань, описаних у технічній документації, додатково можуть встановлюватися вимоги про надання гарантії постачальника, при цьому строк дії такої гарантії має бути не меншим строку дії гарантії виробника;

(4) закріпити право замовників у односторонньому порядку відмовлятися від виконання контракту, якщо це передбачено конкурсною документацією, у таких випадках:

(4.1) за контрактами на постачання товарів: (а) поставка товарів неналежної якості з недоліками, які не можуть бути усунені у встановлений замовником розумний строк; (б) одноразове порушення строків поставки товарів; (в) поставка некомплектних товарів, якщо постачальник, отримавши повідомлення замовника, у встановлений замовником розумний строк не виконав вимоги про доукомплектування товарів чи не змінив їх комплектними;

(4.2) за контрактами на надання послуг: (а) якщо виконавець не розпочав у встановлений контрактом строк його виконання або надає послугу таким чином, що закінчення виконання у строк, передбачений контрактом, неможливе, або під час надання послуг стало очевидним, що послуга не буде надана належним чином у строк, встановлений договором; (б) одноразове порушення строків надання послуг; (в) якщо під час надання послуги порушені умови виконання контракту й у визначений замовником для

⁶⁰ Задихайло Д. В. Основи господарського права України: навч. посіб. / Д. В. Задихайло, В. М. Пашков. – Х.: Юрайт, 2012. – С. 51.

усунення порушень розумний строк такі порушення виконавцем не усунені, або якщо порушення є істотними й такими, що не можуть бути усунені;

(5) заборонити укладання додаткових угод до договору про закупівлю, за якими передбачається збільшення видатків державних коштів, порівняно з кошторисними розрахунками; дати замовникам право у процесі виконання договору про закупівлю, за погодженням з зобов'язаною стороною, у межах 10% змінювати обсяги замовлених медичних або соціальних послуг, лікарських засобів і виробів медичного призначення, якщо є нагальна потреба в здійсненні закупівлі у зв'язку з виникненням особливих соціальних обставин, за умови закріплення відповідного права в конкурсній документації;

(6) запровадити спеціальну форму звітності для замовників на етапі виконання господарських договорів про закупівлю, на підставі якої буде проводитися проміжний і підсумковий аналіз ефективності розміщення державного замовлення.

Неврегульованість остаточних термінів оголошення тендерів призводить до затягування конкурсних процедур до шести місяців і до отримання пацієнтами лікарських засобів лише наприкінці року. Учасники круглого столу «Прозорість державних закупівель – 2013» для забезпечення своєчасності закупівель медичних препаратів висловилися за закріплення чітких строків проведення тендерів МОЗУ, а саме: встановлення кінцевих термінів оприлюднення річних планів МОЗУ і лікувальних установ, оголошень про торги, протоколів розкриття конкурсних пропозицій у мережі інтернет, а також здійснення поставок лікарських засобів у регіони⁶¹. Водночас у річних планах замовників, згідно з наказом МЕРТУ №922 від 26.07.2010, не вказуються достатні відомості про предмет закупівлі, фіксуються лише назва предмета, код КЕКВ і очікувана вартість, хоча, наприклад, форма оголошення про проведення відкритих торгів містить інформацію про кількісні і якісні властивості товарів. Це часто перешкоджає потенційним учасникам державних закупівель завчасно підготувати конкурентоспроможну пропозицію.

⁶¹ Резолюція круглого столу «Прозорість державних закупівель – 2013»: пропонується залучати громадські організації до складу комісій з питань супроводу державних закупівель // Аптека. – 2012. – 17 груд. [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://www.apteka.ua/article/188455>. – Заголовок з екрана; Мілюта В. МОЗ зробило держзакупівлі абсолютно прозорими / В. Мілюта // Українські Національні Новини: новини України: здоров'я. – 2012. – 14 груд. [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://www.unn.com.ua/uk/news/1169804-moz-zrobilo-derzhzakupivli-absolyutno-prozorimi>. – Заголовок з екрана.

Тому поряд із комплексом нормативних перетворень, які передбачають запровадження стратегічного планування державних закупівель, встановлення правил, згідно з якими ціна предмета закупівлі не може бути більшою за його очікувану вартість, визначену в річному плані, покладення на замовників обов'язків здійснювати децентралізований моніторинг пропозицій й цін на товари на ринку й закріплювати в річних планах інформацію про потреби замовника з відповідним соціально-економічним обґрунтуванням, про господарські організації, в інтересах яких буде проведена централізована закупівля⁶², у річних планах слід визначати очікуваний обсяг закупівель у кількісному значенні (кількість одиниць товару, обсяги наданих послуг або виконаних робіт). Крім цього, на замовників слід покласти обов'язок укладати рамкові угоди на закупівлю лікарських засобів, призначених для лікування соціально-небезпечних захворювань із закріпленням у них додаткових, порівняно з ч. 5 ст. 40 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010, умов коригування ціни й обсягів поставок під час виконання договору. У МОЗУ така практика почала формуватися на підставі неформальних правил тільки у 2013 р., коли були укладені рамкові угоди з імунопрофілактики, туберкульозу і СНІДу⁶³.

* * *

Як на один із недоліків системи бюджетного фінансування вітчизняної сфери охорони здоров'я фахівці вказують на відомчість медицини (ресурси розподіляються між сімнадцятьма відомствами й витрачаються неефективно)⁶⁴. Наприклад, КМУ розпорядженням №785-р від 17.08.2011 асигнував Міністерству надзвичайних ситуацій України 50 млн грн. на придбання лікарських засобів для хворих на гемофілію й передачу їх МОЗУ, у результаті чого було неефективно

⁶² Олефір А. О. Господарсько-правове забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я: теоретичні та практичні аспекти: моногр. / А. О. Олефір. – Х.: Юрайт, 2012. – С. 214 – 216, 237 – 247, 286 – 289.

⁶³ Мілюта В. МОЗ зробило держзакупівлі абсолютно прозорими / В. Мілюта // Українські Національні Новини: новини України: здоров'я. – 2012. – 14 груд. [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://www.unn.com.ua/uk/news/1169804-moz-zrobilo-derzhzakupivli-absolyutno-prozorimi>. – Заголовок з екрана.

⁶⁴ Карпук В. Гроші, виділені на медицину, йдуть на відкати – експерти [інтерв'ю з В. Карпуком, В. Коржом, О. Мусієм / розмову вела І. Шторгін] // Радіо свобода: суспільство [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://www.radiosvoboda.org/content/article/24613200.html>. – Заголовок з екрана.

використано близько 500 тис. грн.⁶⁵. Такий підхід уряду, навіть враховуючи недоліки в роботі МОЗУ як замовника (МОЗУ в 2011 р. було проведено 2595 процедур закупівель і за цим показником Міністерство займає 12 місце серед головних розпорядників бюджетних коштів⁶⁶), не може вважатися виправданим, оскільки закупівля лікарських засобів для забезпечення поточних потреб хворих не охоплюється функціональним призначенням Міністерства надзвичайних ситуацій України (Державної служби з надзвичайних ситуацій України).

При дотриманні аналогічного підходу неефективне й застосування компенсацій: у 2011 р. Міністерство аграрної політики України забезпечувало оздоровлення й відпочинок дітей працівників агропромислового комплексу шляхом часткової оплати вартості путівок, у результаті їх вартість була завищена, зокрема, путівка до дитячого оздоровчого табору санаторного типу «Чайка» коштувала 4 тис. грн., що на 38,7% більше, ніж було витрачено на ці ж потреби Міністерством соціальної політики України⁶⁷. Тому в Законі України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 слід заборонити непрофільне придбання товарів і послуг сфери охорони здоров'я на централізованому рівні.

Інший практичний недолік господарсько-правового регулювання організації централізованих закупівель – низький рівень відповідальності місцевих органів публічної влади за матеріально-технічне забезпечення медичних установ під час придбання МОЗУ низьковартісних витратних матеріалів для комунальних закладів охорони здоров'я, коли управління охорони здоров'я обласних державних адміністрацій у заявках на закупівлю часто не визначають обґрунтовані потреби медичних закладів. У таких випадках помітний дисбаланс: за окремими найменуваннями потреби визначаються в обсягах понад 100%, а за іншими – менше 1%. У результаті утворюються або надлишки матеріалів, або їх гостра нестача⁶⁸.

⁶⁵ Висновки щодо виконання Державного бюджету України за 2011 рік / відп. за випуск О. І. Тесленко. – К.: Рахункова палата, 2012. – С. 29, 30.

⁶⁶ Звіт щодо функціонування системи державних закупівель у січні – грудні 2011 року: нормативно-правове регулювання // Міністерство економічного розвитку і торгівлі України: державні закупівлі: звіти [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: http://me.kmu.gov.ua/control/uk/publish/article/main?art_id=193975&cat_id=129962&search_param=%E2%E8%F0%EE%E1%B3%E2&searchPublishing=1. – Заголовок з екрана.

⁶⁷ Висновки щодо виконання Державного бюджету України за 2011 рік / відп. за вип. О. І. Тесленко. – К.: Рахункова палата, 2012. – С. 32.

⁶⁸ Там само. – С. 59.

Згідно з повідомленням РП «Обладнання купили – встановити не зуміли» від 08.08.2012, МОЗУ й управління охорони здоров'я деяких обласних адміністрацій у 2010–2011 рр. недостатньо обґрунтовано визначали потреби медичних закладів у витратних матеріалах, що призвело до неефективного використання 38,5 млн грн. (41% від загального обсягу спрямованих ресурсів). Тому організацію й проведення закупівель витратних матеріалів медичного призначення доцільно повністю покласти на регіональних замовників. Але тут помітний загальний недолік нормативної регламентації господарської компетенції центральних органів виконавчої влади, коли її зміст у договірних відносинах не має належного рівня правової визначеності.

Як з'ясувалося, систему централізованих закупівель у сфері охорони здоров'я⁶⁹ необхідно комплексно переглянути. Проте стратегічна важливість державних контрактів є суттєвою перешкодою для досягнення компромісів під час розробки спеціального нормативного регулювання⁷⁰.

В рамках профільного супроводу державних закупівель слід зобов'язати замовників, які провадять централізовані закупівлі, залучати експертів для оцінювання якості лікарських засобів, які постачаються.

Аналіз зловживань у сфері закупівель свідчить, що найбільша їх частка припадає на органи публічної влади – замовників, які в організаційно-господарських відносинах виступають як регулятори. Хоча деякі автори саме в цьому вбачають специфіку держави як особливого суб'єкта економічної системи⁷¹, **Л.В. Андрєєва** застерігає, що неможливо ставити знак рівності між державним і публічним інтересом, оскільки діяльність держави як виразника публічного інтересу і власника

⁶⁹ Олефір А. О. Господарсько-правове забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я: теоретичні та практичні аспекти: моногр. / А. О. Олефір. – Х.: Юрайт, 2012. – С. 153 – 159.

⁷⁰ Flamme M.-A. Traité théorique et pratique des marches publics / M.-A. Flamme. – Bruxelles: Etablissements E. Bruylant, 1969. – P. 272.

⁷¹ Шкляр Т. Елементи економічної системи як підсистеми суспільства / Т. Шкляр // Підпр-во, госп-во і право. – 2007. – № 8 (140). – С. 84.

майна неоднакова⁷². На відміну від приватного сектору економіки, органи публічної влади зобов'язані ефективно здійснювати покладені на них завдання: представляти інтереси суспільства, прагнути досягнути соціального добробуту⁷³. Як зазначає **Н.О. Саниахметова**, одна з причин дискримінації підприємців – поєднання в одному органі функцій державного управління і здійснення господарської діяльності. За таких умов природним є бажання цих органів створити своїм підрозділам привілейовані умови порівняно з іншими суб'єктами господарювання, які займаються такою ж діяльністю⁷⁴. Таке ускладнення правового статусу, звичайно, негативне, але його подолання матиме сенс тільки за умови повного делегування відповідних функцій спеціально створеним на централізованому рівні (за кожною сферою суспільних потреб) професійним замовникам-некомерційним суб'єктам господарювання приватного права⁷⁵, до управління якими на паритетних засадах будуть залучені різні групи учасників господарських відносин (представники громадських організацій, замовників, суб'єктів господарювання (виробників і постачальників), органів публічної влади), що забезпечить збалансований захист законних публічних і приватних інтересів, мінімізує ризики формування складу комітетів із конкурсних торгів у одному відомстві, не ставитиме участь підприємців у конкурсах у залежність від отримання певної адміністративної послуги.

Що ж до зарубіжного досвіду, то в ЄС закупівлі, як правило, проводять спеціалізовані закупівельні організації, а у Великій Британії Служба забезпечення національної системи охорони здоров'я закуповує різні види як основних, так і допоміжних предметів для медичних закладів усіх рівнів, що дає змогу уникати комплексу логістичних проблем і зайвого навантаження на фонд заробітної плати⁷⁶. На думку російських фахівців,

оскільки більшість замовників не користуються законодавчими механізмами для досягнення якісних результатів діяльності, необхідно заснувати професійні закупівельні центри й скоротити кількість замовників з 210 тис. до 5 тис.⁷⁷.

* * *

З-поміж завдань, які, згідно з наказом МОЗУ «Про забезпечення профільного супроводу державних централізованих закупівель на виконання державних цільових програм і комплексних заходів» від 15.03.2012, покладені на постійну робочу групу МОЗУ з питань профільного супроводу державних закупівель, важливе господарсько-правове значення має підготовка експертних висновків про відповідність пропозицій учасників документації конкурсних торгів щодо технічних, якісних і кількісних характеристик (медико-технічних вимог), оскільки в цих висновках визначається ступінь кваліфікаційної відповідності учасників (можливість виконати замовлення якісно і в повному обсязі) і вирішується питання про допуск до оцінювання конкурсних пропозицій. Окрім цього, у Програмі економічних реформ на 2010–2014 рр. «Заможне суспільство, конкурентоспроможна економіка, ефективна держава» зроблено акцент на необхідності розробки індикаторів якості роботи медичних закладів і створення незалежних центрів оцінювання якості медичних послуг. Тому слід запропонувати, по-перше, поширити дію згаданого наказу МОЗУ на всіх замовників сфери охорони здоров'я, по-друге, встановити обов'язковість оприлюднення експертних висновків робочих груп профільного супроводу державних закупівель на веб-сайті МЕРТУ, що дасть змогу учасникам відносин у сфері господарювання отримувати більшу кількість об'єктивної інформації про проведені закупівлі.

У Положенні про Громадську Раду при МОЗУ, затвердженому Протоколом Громадської Ради при МОЗУ №4 від 14.03.2006, визначено, що члени цієї ради беруть участь у підготовці й проведенні тендерів на закупівлю медикаментів, медичної апаратури й інструментарію, санітарного

⁷² Андреева Л. В. Государственные нужды: гражданско-правовое и бюджетное регулирование / Л. В. Андреева // Юрист. – 2001. – №3. – С. 40.

⁷³ Fernandez-Martin J. M. The EC Public Procurement Rules / J. M. Fernandez-Martin. – NY.: Clarendon Press. Oxford, 1996. – P. 38.

⁷⁴ Саниахметова Н. А. Правовые средства противодействия монополизму в предпринимательской деятельности / Н. А. Саниахметова // Предпр-во, хоз-во и право. – 1996. – № 8. – С. 21.

⁷⁵ Олефір А. О. Господарсько-правове забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я: теоретичні та практичні аспекти: моногр. / А. О. Олефір. – Х.: Юрайт, 2012. – С. 110, 111.

⁷⁶ Отчет Рабочей группы Евразийской группы по противодействию легализации преступных доходов и финансированию терроризма о результатах работы по типологическому исследованию по теме: «Противодействие правонарушениям в сфере размещения заказов на поставки товаров, выполнение работ, оказание услуг для государственных и муниципальных нужд» // Евразийская группа

по противодействию легализации преступных доходов и финансированию терроризма. – 2011 [Электрон. ресурс]. – Режим доступа: http://eurasiangroup.org/WGTYP_2011_6_rus.doc. – Заглавие с экрана; Зданович Ю. А. Зарубежное законодательство о поставках товаров для государственных нужд, в том числе для нужд обороны / Ю. А. Зданович // Военное право. – 2011. – Вып. 4 [Электрон. ресурс]. – Режим доступа: <http://www.voennoepravo.ru/node/4652>. – Заглавие с экрана.

⁷⁷ Николова Т. Две разные идеологии госзаказа / Т. Николова // Госзакупки.ру. – 2012. – Вып. 2 [Электрон. ресурс]. – Режим доступа: <http://www.gosbook.ru/node/47090>. – Заглавие с экрана.

транспорту й обладнання для закладів охорони здоров'я, які проводяться органами державної влади й місцевого самоврядування, медичними установами, з правом вивчення й незалежної експертної оцінки техніко-економічного обґрунтування використання бюджетних коштів, але тільки за окремим дорученням. Тому і в наказі МОЗУ «Про затвердження складу постійних робочих груп МОЗ України з питань профільного супроводу державних закупівель» від 21.03.2012 в складі робочих груп за різними профілями майже немає представників громадськості, а за деякими напрямками (онкологічні захворювання, підтримка ВІЛ-інфікованих і хворих на СНІД) – по одному представнику. МОЗУ лише в декларативній формі погодилося включити як спостерігачів представників громадських організацій до складу комітету з конкурсних торгів і робочих груп МОЗУ з профільного супроводу закупівель, комісій по розробці вихідних даних для медикаментозного забезпечення осіб за шістьма видами соціально небезпечних захворювань⁷⁸. Тому слід нормативно закріпити обов'язковість такої участі, розширити представництво під час проведення всіх видів закупівель, відповідно до конкретної сфери їх здійснення, запровадити наглядово-експертний супровід – громадський контроль за плануванням, розміщенням і виконанням державних закупівель.

Моделі правового регулювання суспільних відносин мають виявляти себе не в абстрактних теоретичних побудовах, а в державі Україна⁷⁹. Тому розвиток господарсько-правового забезпечення інформаційної підтримки відносин по організації й проведенню державних закупівель слід спрямовувати не тільки в напрямку коригування переліку інформаційних джерел, у яких розміщуються формалізовані відомості про торги, але й розширення видів господарсько-значущої інформації, яка має бути оприлюднена. Хоча на сучасному етапі рівень прозорості закупівельних процедур в Україні відповідає стандартам Директиви 2004/18/ЄС, стосовно реалізації функції протидії господарським правопорушенням чинна система не стала дієюю, залишаючи місце тільки ескалації напруги в господарському середовищі, що само по собі є позитивним стимулом для

самоорганізації підприємців. На невідкладність удосконалення системи інформаційно-аналітичної підтримки закупівель у сфері медицини звертає увагу і РП⁸⁰.

Досвід правових перетворень Уганди, де ситуація схожа з Україною, доводить, що забезпечення максимальної інформації відкритості процесів виконання державних програм підтримки соціальної сфери дає змогу знизити розкрадання коштів на 60%⁸¹. Навіть колишній керівник Федеральної резервної системи США підкреслює: «Посилене державне регулювання економіки необхідне для боротьби з економічним шахрайством, яке руйнує ринковий механізм, що ґрунтується на взаємній довірі учасників. Вашингтон вчинив би правильно, якби замість винайдення нових правил зайнявся контролем дотримання чинного законодавства»⁸².

Один із першочергових засобів ліквідації згаданої дисфункції правового механізму закупівель – *запровадження системи єдиного реєстру державних закупівель* в Україні на основі предметного досвіду США і ЄС. У США функціонує централізована інформаційна система федеральних закупівель, у якій обліковуються консолідовані дані державних контрактів, укладених федеральними відомствами, що дозволяє суб'єктам господарського права оперативно отримувати структуровану інформацію (за роками, відомствами, видами контрактів) про заплановані й проведені закупівлі. Аналог цієї системи в ЄС – електронна база даних «Щоденний електронний тендер»⁸³. Окрім визначених у ст. 10 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 видів інформації про закупівлі, які підлягають оприлюдненню в мережі інтернет, у цьому реєстрі мають обліковуватися укладені всіма замовниками господарські договори про державні закупівлі й відомості про істотні умови контрактів, їх зміну

⁷⁸ Резолюція круглого столу «Прозорість державних закупівель – 2013»: пропонується залучати громадські організації до складу комісій з питань супроводу державних закупівель // Аптека. – 2012. – 17 груд. [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://www.apteka.ua/article/188455>. – Заголовок з екрана.

⁷⁹ Задихайло Д. В. Стратегія держави в системі законодавчого регулювання економічних відносин / Д. В. Задихайло // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2006. – № 1 (44). – С. 131.

⁸⁰ Звіт Рахункової палати України за 2011 рік // Рахункова палата України: звіти [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: www.ac-rada.gov.ua/doccatalog/document/16740480/Zvit_2011.pdf. – Заголовок з екрана; Висновки щодо виконання Державного бюджету України за 2011 рік / відп. за випуск О. І. Тесленко. – К.: Рахункова палата, 2012. – С. 30.

⁸¹ Reinikka R. Local capture: evidence from a government transfer program in Uganda / R. Reinikka, J. Svensson // Quarterly journal of economics. – 2004. – № 2 (119). – Pp. 679 – 705.

⁸² Гринспен А. Эпоха потрясений: проблемы и перспективы мировой финансовой системы / А. Гринспен; пер. с англ. Т. Гутман, В. Ионов, С. Сурин. – М.: ООО «Юнайтед Пресс», 2011. – С. 359.

⁸³ Зданович Ю. А. Зарубежное законодательство о поставках товаров для государственных нужд, в том числе для нужд обороны / Ю. А. Зданович // Военное право. – 2011. – Вып. 4 [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://www.voennoepravo.ru/node/4652>. – Заглавие с экрана.

й особливості виконання зобов'язань сторонами, а також надані учасниками гарантії забезпечення пропозицій конкурсних торгів і виконання договорів про закупівлю, що унеможливить практику фіктивного фінансового забезпечення.

Основна ознака цивілізованого ринку – соціальна відповідальність підприємців⁸⁴, засоби поширення якої представлені в системах права багатьох держав, зокрема в Німеччині продуктивно працює громадська організація «Форум держзамовлення», у якій створені профільні робочі групи, що готують зміни до законодавства (щороку ця організація присуджує премію за кращу наукову роботу у сфері державних закупівель)⁸⁵. У РФ учасникам процедур закупівель присвоюється звання «почесний постачальник», відповідно до постанови Уряду РФ «Положення про звання «Постачальник продукції для державних потреб Росії» від 25.08.1997. У Програмі економічних реформ на 2010–2014 рр. «Заможне суспільство, конкурентоспроможна економіка, ефективна держава» названі такі недоліки вітчизняної системи охорони здоров'я, як відсутність зв'язку між якістю медичних послуг і видатками на їх фінансування, незабезпеченість надання безоплатної медичної допомоги у визначеному законодавством обсязі. Тому в цій же Програмі наголошується на необхідності економічної мотивації покращення якості медичних послуг.

До правових засобів, які мотивуватимуть суб'єктів господарювання до конкурентоспроможної участі в закупівлях і підвищать стабільність ринку товарів і послуг охорони здоров'я, слід віднести запровадження в рамках системи єдиного реєстру державних закупівель реєстрів замовників⁸⁶ і учасників конкурсних процедур, які формуватимуться (згідно з переліком вичерпно визначених на законодавчому рівні об'єктивних критеріїв) і розміщуватимуться на веб-сайті МЕРТУ.

Реєстр учасників доцільно організувати за двоскладовим принципом:

(1) реєстр добросовісних учасників, до якого включаються документально підтверджені відомості

про учасників на підставі їх звернення (процедури закупівель, у яких учасник брав участь, виконані своєчасно і в повному обсязі договори про закупівлю);

(2) реєстр недобросовісних учасників, до якого включаються документально підтверджені відомості про учасників на підставі мотивованого рішення суду або АМКУ, за наявності однієї з таких умов: (а) невиконання договору про закупівлю, у тому числі затримки поставок, постачання товарів, виконання робіт, надання послуг неналежної якості; (б) з учасником розірвано договір про закупівлю у зв'язку з порушенням ним умов договору; (в) безпідставна відмова учасника-переможця закупівлі від укладення договору; (г) учаснику відмовлено в участі в процедурі закупівлі у випадках, передбачених ст. 17 та абз. 4 ст. 30 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 р.; (д) учасник надавав у конкурсних пропозиціях будь-яку недостовірну інформацію; (е) учасник порушив норми законодавства про захист економічної конкуренції у сфері державних закупівель. У разі внесення відомостей про суб'єкта господарювання до реєстру недобросовісних учасників такий учасник автоматично виключається з реєстру учасників процедур закупівель.

* * *

Ринкові регулятори не можуть вважатися ідеальними механізмами регулювання економічної діяльності, вони не здатні гарантувати суспільні блага, непривабливі для приватного товаровиробника⁸⁷. Але це не привід для тотального «дирижизму» у сфері господарювання, адже державне втручання може й дестимулювати виконання господарських завдань. Тому в кожному випадку слід визначати обґрунтованість такого впливу з погляду рівня розвитку технологій, ринкових інститутів і ефективності влади. Все ж таки й ліберали, і патерналисти сходяться на тому, що обов'язковий предмет державного регулювання господарських відносин – це підтримка конкуренції (основного ринкового інституту), розвиток якої насамперед вигідний замовникам і споживачам, малим і нещодавно заснованим підприємствам. Натомість великий бізнес уже не має потреби в конкуренції, а, навпаки, намагається всіма силами її нейтралізувати: капіталістична система передбачає все зростаючу

⁸⁴ Вінник О. М. Публічні та приватні інтереси в господарських товариствах: проблеми правового забезпечення: моногр. / О. М. Вінник. – К.: Атіка, 2003. – 352 с.

⁸⁵ Зданович Ю. А. Зарубежное законодательство о поставках товаров для государственных нужд, в том числе для нужд обороны / Ю. А. Зданович // Военное право. – 2011. – Вып. 4 [Электрон. ресурс]. – Режим доступа: <http://www.voennoepravo.ru/node/4652>. – Заглавие с экрана.

⁸⁶ Олефір А. О. Господарсько-правове забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я: теоретичні та практичні аспекти: моногр. / А. О. Олефір. – Х.: Юрайт, 2012. – С. 217.

⁸⁷ Пашков В. М. Проблеми господарсько-правового забезпечення відносин в сфері охорони здоров'я: дис. на здоб. наук. ступ. д-ра юрид. наук: спец. 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право» / В. М. Пашков; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. – Х., 2010. – С. 31, 32.

концентрацію капіталу, посилення впливу корпорацій і поступову втрату значення принципу чистої конкуренції⁸⁸. В останньому розумінні ринок чітко відображає реальну розстановку продуктивних сил у суспільстві.

Заслуговує на увагу пропозиція про запровадження обов'язкової сертифікації суб'єктів господарювання, які спроможні виконувати держзамовлення й складати реєстри таких підприємств.

В абсолютній більшості випадків раціональне завдання держави не надання суспільного блага, а створення умов для його залучення в ринковий обіг (стимул для залучення приватних інвестицій). Тому при виконанні державних програм на перший план виходять механізми опосередкованої окупності витрат суб'єктів господарювання – державні закупівлі й компенсації. Тому актуалізується проблематика закупівель якісних, безпечних, ефективних лікарських засобів, виробів медичного призначення, медичної техніки, медичних і соціальних послуг (на вітчизняному фармацевтичному ринку є значна кількість ліків з низьким рівнем доказовості їх ефективності й безпечності⁸⁹, внаслідок чого щорічно виявляється 1% фальсифікованих лікарських засобів від їх загального обігу⁹⁰), що має забезпечуватися спеціальним дозвільним порядком правового регулювання, юридичними засобами імперативного й однозначного характеру, насамперед під час визначення предмета закупівлі в конкурсній документації, встановлення відповідності учасників кваліфікаційним критеріям і оцінювання пропо-

зицій конкурсних торгів. На ці відносини не поширюється правило, згідно з яким недостатність формальних норм поведінки компенсується неформальними, які виникають самі собою⁹¹.

Втручання держави в економіку пояснюється двома типами диспропорцій, які виникають у процесі функціонування ринкового механізму:

- необхідність додержання суб'єктами господарювання норм конкуренції, стандартів якості продукції;

- питання екологічної безпеки й соціальної гармонії, які є об'єктами впливу екологічної й соціальної політики⁹².

З огляду на особливе суспільне й медико-санітарне призначення лікарських засобів, виробів медичного призначення, медичної техніки, а також процесів надання медичних і соціальних послуг, на нормативному рівні встановлені вимоги імперативного характеру до їх відповідності якісним, функціональним і безпековим параметрам для життя й здоров'я громадян, навколишнього природного середовища, а режим їх правового обігу суттєво відрізняється від режиму обігу інших видів майна на ринку⁹³. Тому в рамках запровадження розширеного профільного супроводу державних закупівель слід зобов'язати замовників, які провадять централізовані закупівлі, залучати експертів міжнародних громадських організацій для оцінювання якості лікарських засобів, які постачаються. Таку практику одного з обласних управлінь охорони здоров'я позитивно оцінила Постійна адміністративна колегія АМКУ по розгляду скарг про порушення законодавства у сфері державних закупівель у рішенні № 22-р/пк-ск від 10.01.2013.

На якість продукції впливає немало чинників: технічних, організаційних, економічних і суб'єктивних⁹⁴, які замовник під час організації закупівель і складання річного плану зобов'язаний встановити стосовно всіх найменувань предмета, а також з'ясувати недоліки, які часто зустрічаються в таких товарах, і закріпити в конкурсній документації недопустимість цих дефектів. Як зауважує **О.М. Вінник**, інтерес формується на підставі потреб, які виражають

⁸⁸ Хобсбаум Э. Эпоха крайностей: короткий двадцатый век (1914 – 1991) / Э. Хобсбаум. – М.: Изд-во «Независимая газета», 2004. – С. 111.; Шлезингер А. Циклы американской истории / А. Шлезингер; пер. с англ. П. Развина, Е. Бухаровой. – М.: Изд. гр. «Прогресс», «Прогресс-Академия», 1992. – С. 362.

⁸⁹ Проект концепції Державної цільової програми «Розвиток імпортозамінних виробництв в Україні та заміщення імпортованих лікарських засобів вітчизняними, у тому числі біотехнологічними препаратами та вакцинами на 2011 – 2021 роки» // Аптека. – 2011. – № 786 (15). – С. 32.

⁹⁰ Бахтеева Т. Реформы здравоохранения дали положительные результаты / Т. Бахтеева // Аптека. – 2012. – 25 жовт. [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://www.apteka.ua/article/167039>. – Заголовок з екрана.

⁹¹ Coase R. The institutional structure of production / R. Coase // The American economic review. – 1992. – Vol. 82, № 4. – Pp. 713 – 719.

⁹² Задихайло Д. В. Держава та економічне ринкове середовище: господарсько-правовий аспект / Д. В. Задихайло // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2005. – № 3 (42). – С. 154.

⁹³ Пашков В. Правовий режим лікарських засобів як об'єкта майнових прав / В. Пашков // Підпр-во, госп-во і право. – 2004. – № 5. – С. 41 – 44.

⁹⁴ Шаповал М. І. Менеджмент якості: підруч. / М. І. Шаповал. – К.: Знання, 2007. – С. 26.

соціальну чи біологічну необхідність⁹⁵. На стадії проведення закупівель контроль за дотриманням цих показників здійснюється головним чином під час розгляду пропозицій учасників, які готуються відповідно до затвердженої замовником документації конкурсних торгів і технічних специфікацій, а також за допомогою кваліфікаційного відбору. Оскільки ринок товарів і послуг охорони здоров'я досить стандартизований, до певної міри полегшується завдання замовників по розробці конкурсної документації, у якій, як правило, достатньо лише правильно визначити перелік дозвільних документів і ліцензій, які підтверджують відповідність основного предмета закупівлі нормативним вимогам до якісних, функціональних і безпекових характеристик, законність здійснюваних учасником господарських операцій.

Згідно з ч. 2 ст. 22 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010, у документації конкурсних торгів замовник подає інформацію про необхідні технічні, якісні й кількісні властивості предмета закупівлі, у тому числі відповідну технічну специфікацію. Незважаючи на дослідження деяких ознак технічних специфікацій і їхньої специфіки стосовно охорони здоров'я⁹⁶, чітких теоретичних або практичних позицій щодо цього сформульовано не було. Особливості підготовки змісту технічних специфікацій на придбання продукції сфери охорони здоров'я розглянемо на прикладі лікарських засобів.

До основних медико-технічних властивостей лікарського засобу як предмета закупівлі слід віднести такі:

(1) назва лікарського засобу, номер серії, кількість, дозування й лікарська форма, назва виробника із зазначенням реквізитів ліцензій, строк дії реєстраційного посвідчення;

(2) лікарський засіб зареєстровано в Україні або на підставі виданого виробником сертифіката якості надано дозвіл на ввезення на митну територію України незареєстрованого лікарського засобу;

(3) термін придатності лікарського засобу на момент поставки на склад замовника становить не менше 75% від встановленого інструкцією строку зберігання для кожного окремого препарату;

⁹⁵ Вінник О. М. Приватні та публічні інтереси, їх роль та відображення в господарському праві / О. М. Вінник // Підпр-во, госп-во і право. – 2001. – № 4. – С. 6 – 9.

⁹⁶ Фесенко Д. Особливості закупівель лікарських засобів / Д. Фесенко // Держ. закупівлі України. – 2009. – № 12. – С. 23 – 25; Яременко С. Підходи та критерії відбору учасників / С. Яременко // Держ. закупівлі України. – 2006. – № 8. – С. 19, 20.

(4) на етикетку, зовнішню й внутрішню упаковку лікарського засобу нанесено маркування, яке містить такі відомості: назва лікарського засобу, назва й адреса виробника, реєстраційний номер, номер серії, способи застосування, доза діючої речовини в кожній одиниці і їх кількість в упаковці, термін придатності, умови зберігання, запобіжні заходи;

(5) лікарський засіб супроводжується інструкцією з його застосування, викладеною українською мовою, що містить такі відомості: назва лікарського засобу, загальна характеристика (хімічна назва, основні фізико-хімічні властивості, дані про якісний і кількісний склад), клінічні, фармацевтичні й фармакологічні властивості, показання для застосування, протипоказання, особливості взаємодії з іншими лікарськими засобами, способи застосування й дозування, побічна дія, запобіжні заходи, форма випуску, умови й строки зберігання, заходи безпеки, умови відпуску, назва й місцезнаходження виробника;

(6) гарантійний лист від учасника, яким підтверджується можливість поставки лікарських засобів у кількості, зі строками придатності й у терміни, визначені цією документацією й пропозицією учасника торгів;

(7) строки дії ліцензій і дозвільних документів, на підставі яких учасник здійснює господарську діяльність по виробництву чи постачанню лікарських засобів, які становлять предмет закупівлі, дорівнюють строкам або перевищують строки, протягом яких замовник очікує виконання замовлення;

(8) документальне підтвердження якості, ефективності й безпечності лікарського засобу для громадян і навколишнього природного середовища.

Оскільки виготовлені в умовах аптеки лікарські засоби не підлягають державній реєстрації, а їх продаж суб'єктам господарювання, які здійснюють реалізацію лікарських засобів, окрім лікувально-профілактичних закладів, заборонений, для них необхідно додатково визначити такі медико-технічні властивості:

(1) при виготовленні лікарського засобу використані тільки зареєстровані в Україні субстанції й дозволені до використання допоміжні речовини;

(2) усі серії лікарського засобу виготовлено за технологічною інструкцією;

(3) процес виготовлення й хімічний склад лікарського засобу відповідають вимогам Державної фармакопеї України й інших нормативних документів;

(4) матеріали первинної упаковки лікарського засобу відповідають вимогам, визначеним нормативно-технічними документами;

(5) субстанції й допоміжні речовини, які використано при виготовленні лікарського засобу в умовах аптеки, супроводжуються висновками про їх якість, виданими атестованою лабораторією;

(6) подаються документи, які підтверджують проходження внутрішньоаптечного контролю, свідоцтво про реєстрацію діючих речовин, сертифікат проходження процедур оцінки безпечності для допоміжних речовин, технологічна інструкція на виробництво лікарського засобу в умовах аптеки.

Слід підкреслити, що при визначенні лікарського засобу не за міжнародною непатентованою, а за торговою назвою, крім посилання «або еквівалент», замовники зобов'язані подавати в документації конкурсних торгів детальну медико-технічну характеристику такого засобу. Російські фахівці також пропонують затверджувати на рівні уряду переліки лікарських засобів, які замовники можуть закуповувати за торговими найменуваннями. На нашу думку, у законодавстві про державні закупівлі доцільно було б закріпити, що у випадках, якщо інше не передбачене конкурсною документацією, предмет закупівлі має бути новим (медичний виріб, який не був у використанні, не пройшов ремонт, у тому числі відновлення споживчих властивостей, заміну складових частин).

Інший обов'язковий елемент технічних специфікацій на закупівлю лікарських засобів – *перелік дозвільних документів і ліцензій*, які підтверджують відповідність пропонованих учасниками товарів встановленим замовником вимогам до їх якісних, функціональних і безпекових характеристик.

Ці документи можна умовно поділити на дві групи:

(1) документи, які засвідчують законність виробництва й відповідність лікарського засобу законодавчо встановленим вимогам:

- реєстраційне посвідчення;
- інструкція для медичного застосування;
- документи, які підтверджують проходження внутрішньоаптечного контролю (для виготовленого в аптеці лікарського засобу);
- свідоцтво про реєстрацію діючих речовин, сертифікат про проходження процедур оцінки безпечності для допоміжних речовин;
- сертифікат якості наркотичного засобу, психотропної речовини;
- висновок про якість лікарського засобу, виданий лабораторією з аналізу якості лікарських засобів;
- висновок про проходження лабораторного контролю кожною серією вакцин, виданий атес-

тованою лабораторією з контролю якості й безпеки лікарських засобів;

– висновок державного підприємства «Державний експертний центр МОЗУ» про відсутність побічних реакцій і підтвердження терапевтичного ефекту лікарського засобу;

– для закупівлі генеричних лікарських засобів, висновок державного підприємства «Державний експертний центр МОЗУ» про ступінь їх хімічної, біологічної й терапевтичної ідентичності з оригінальними препаратами;

– у разі поставки лікарських засобів іноземного виробництва, які незареєстровані в Україні, – сертифікат, який підтверджує реєстрацію лікарського засобу в державі-виробнику й відповідає формату, рекомендованому ВООЗ (з обов'язковим зазначенням «держава імпорту – Україна»);

– дозвіл на ввезення на митну територію України незареєстрованих лікарських засобів, наркотичних засобів, психотропних речовин чи прекурсорів у кількості, яка перевищує гранично допустиму;

(2) документи, які засвідчують законність здійснюваних учасником процедури закупівлі господарських операцій:

– сертифікат відповідності суб'єкта господарювання вимогам належної виробничої практики чи практики дистрибуції;

– ліцензія й технологічна інструкція на виробництво лікарських засобів в умовах аптеки;

– ліцензії на виробництво, імпорт, оптову й роздрібну торгівлю лікарськими засобами;

– ліцензія на господарську діяльність із обігу наркотичних засобів, психотропних речовин і прекурсорів;

– ліцензія на господарську діяльність по переробці донорської крові і її компонентів, виготовлення з них препаратів;

– ліцензія на господарську діяльність, яку здійснюють банки пуповинної крові, інших тканин і клітин людини, згідно з переліком, затвердженим МОЗУ;

– свідоцтво про атестацію лабораторії з контролю якості й безпеки лікарських засобів.

Таким чином, конкурсна документація на закупівлю лікарських засобів, а також виробів медичного призначення, медичної техніки, медичних і соціальних послуг має обов'язково містити технічну специфікацію, яка умовно складається з двох частин: по-перше, це детальне визначення якісних, технічних, функціональних і безпекових характеристик предмета закупівлі, у тому числі спеціальні вимоги до його транспортування й зберігання, по-друге, це посилання на офіційні документи, які підтверджують дійсність

змісту пропозицій учасників, вимоги до процесів і способів виробництва товарів чи надання послуг, процедур оцінки відповідності, які розробляються замовником, згідно з чинними стандартами, і закріплюються як додаток до документації конкурсних торгів.

Європейська комісія в повідомленні «Державні закупівлі в ЄС» визначила дві основні мети реформування правового регулювання державних закупівель: по-перше, підвищення гнучкості нормативного регулювання, враховуючи нові практики чи, іншими словами, реальну ситуацію на ринку, і, по-друге, спрощення чинних нормативних приписів⁹⁷. У США уповноважені відомства затверджують спеціальні інструкції, формуляри й методики проведення окремих видів закупівель⁹⁸. Хоча громадські організації неодноразово зверталися до МОЗУ з пропозиціями про встановлення для підприємців вимог про підтвердження відповідності препаратів національним і міжнародним стандартам належного виробництва й клінічної практики для лікування дітей з онкологічними й онкогематологічними захворюваннями⁹⁹, законодавчі вимоги до підготовки документації конкурсних торгів не відображають специфіку задоволення потреб сфери охорони здоров'я.

Оскільки відсутність офіційно затверджених зразків технічних специфікацій змушує замовників складати їх на власний розсуд, внаслідок чого частішають випадки дисфункціональності при задоволенні суспільних потреб, у Законі України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 слід закріпити обов'язок центральних органів виконавчої влади галузевої компетенції у межах профілю діяльності розробляти і за погодженням з МЕРТУ затверджувати типову документацію – технічні специфікації для процедур закупівель. Також слід запропонувати доповнити ст. 22 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 нормативним приписом такого змісту: «Якщо предметом закупівлі є лікарський за-

сіб, виріб медичного призначення, медична техніка, медична чи соціальна послуга, замовник зобов'язаний підготувати технічну специфікацію, відповідно до затверджених МЕРТУ і МОЗУ типових документів, а учасники для підтвердження наведених у конкурсних пропозиціях даних зобов'язані подати офіційно затвержені копії ліцензій і інших дозвільних документів, які засвідчують законність виробництва (виготовлення) предмета закупівлі, його відповідність нормативним вимогам до якісних, технічних, функціональних характеристик і характеристик безпеки, у тому числі щодо проходження процедур реєстрації, контролю якості, підтвердження відповідності та стандартизації».

* * *

Закріплений у ст. 16 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 порядок кваліфікаційного відбору учасників закупівельних процедур не забезпечує зменшення випадків участі в торгах як недобросовісних підприємців, так і об'єктивно неспроможних задовольнити потреби замовника, що насамперед стосується проведення запитів цінкових пропозицій. Ця негативна практика зумовлена як змістом нормативно визначених підстав встановлення відповідності суб'єктів господарювання кваліфікаційним критеріям, так і їх обмеженням переліком, коли не завжди висуваються вимоги до підтвердження фінансової спроможності виконати зобов'язання за договором. У результаті переможці не виконують замовлення через наявність боргових зобов'язань (на практиці суб'єкти господарювання, залучаючи боргові ресурси, часто переоцінюють очікування майбутніх прибутків).

Наприклад, департамент економіки Черкаської міської ради в жовтні 2012 р. за рахунок коштів місцевого бюджету уклав договір про закупівлю з підприємством, яке було засноване в лютому 2012 р. і статутний фонд якого складає 1 тис. грн., на проведення капітального ремонту міської поліклініки на суму 2,82 млн грн.¹⁰⁰, а в 2013 р. товариство з обмеженою відповідальністю «Скай фарм» (єдиним учасником якого є громадянин Російської Федерації), також нещодавно зареєстроване, взявши участь у державних закупівлях вперше, одержало державне

⁹⁷ Arrowsmith S. An assessment of the new legislative package on public procurement / S. Arrowsmith // Common market law review. – 2004 – Vol. 41, № 5. – P. 1277.

⁹⁸ Зданович Ю. А. Зарубежное законодательство о поставках товаров для государственных нужд, в том числе для нужд обороны / Ю. А. Зданович // Военное право. – 2011. – Вып. 4 [Електрон. ресурс]. – Режим доступа: <http://www.voennoepravo.ru/node/4652>. – Заглавие с экрана.

⁹⁹ Резолюція круглого столу «Прозорість державних закупівель – 2013»: пропонується залучити громадські організації до складу комісій з питань супроводу державних закупівель // Аптека. – 2012. – 17 груд. [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://www.apteka.ua/article/188455>. – Заголовок з екрана.

¹⁰⁰ Три мільйони на ремонт поліклініки отримає київська «прокладка» зі статутником 1 тис. // Наші гроші: медицина [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://nashigrosi.org/2012/10/25/trymiljony-na-remont-polikliniky-otrymaje-kyjivska-prokladka-zistatutnykom-1-tysyacha>. – Заголовок з екрана.

замовлення на 18,81 млн грн.¹⁰¹. Не менш цікавий приклад з історії стародавнього Риму, коли у 193 р. солдати преторіанської гвардії, вбивши імператора Пертинакса, продали з аукціону Рим за 25 тис. сестерцій (5 річних заробітних плат на кожного), але переможець (Дідій Юліан) не зміг вчасно розрахуватися й був убитий через два місяці.¹⁰²

Для з'ясування спроможності підприємства як власника певних матеріальних і нематеріальних ресурсів виконати державне замовлення оголошеної вартості й суспільної важливості, для випадків придбання товарів і послуг сфери охорони здоров'я в законодавстві доцільно передбачити можливість встановлення додаткових кваліфікаційних вимог (наприклад, вимоги до досвіду виробництва й реалізації товарів, виконання робіт і надання послуг, які є предметом закупівлі, наявності сертифікатів відповідності суб'єкта господарювання вимогам належної виробничої практики чи практики дистрибуції, інші кваліфікаційні критерії; ці вимоги мають бути однозначними й вичерпно визначеними). Також заслуговує на увагу пропозиція про запровадження обов'язкової сертифікації суб'єктів господарювання, які спроможні виконувати держзамовлення й складати реєстри таких підприємств, що буде гарантією якісного й своєчасного виконання задоволення державних потреб. На думку науковців, саме правосуб'єктність конкретизує відносини, у яких особа може брати участь, і визначає загальний статус їх учасників¹⁰³, а лише факту легалізації¹⁰⁴ для участі в закупівлях недостатньо. Фахівці звертають увагу на необхідність заохочення національних виробників до проходження прекваліфікації (сертифікації) ВООЗ як обов'язкової вимоги для постачальників лікарських засобів для хворих на ВІЛ-інфекцію/СНІД і туберкульоз, посилення заходів по контролю якості, ефективності, безпечності лікарських засобів, надання допомоги виробникам в забезпеченні відповідними стандартами ВООЗ¹⁰⁵.

¹⁰¹ Власть денег. – 2013. – № 21 / 22. – С. 7

¹⁰² Гуриев С. Мифы экономики: заблуждения и стереотипы, которые распространяют СМИ и политики / С. Гуриев. – М.: ООО «Юнайтед Пресс», 2011. – С. 118.

¹⁰³ Пашков В. М. Правове регулювання обігу лікарських засобів: моногр. / В. М. Пашков. – К.: МОРИОН, 2004. – С. 101.

¹⁰⁴ Беляневич О. А. Господарське договірне право України (теоретичні аспекти): моногр. / О. А. Беляневич. – К.: Юрінком Інтер, 2006. – С. 380, 381.

¹⁰⁵ Бут Г. В Україні запровадять обов'язкові міжнародні стандарти виробництва лікарських засобів / Г. Бут // Газета «Новости медицины и фармации». – 2012. – № 9 (415). – С. 10; Резолюція

Господарсько-правове забезпечення підвищення рівня конкуренції між учасниками процедур закупівель, об'єктивності й неупередженості під час оцінювання їх пропозицій і виборі переможця торгів передбачає здійснення заходів доповнення системи розгляду й оцінки конкурсних пропозицій новими правилами й критеріями. Це дасть змогу ефективніше задовольняти державні потреби в лікарських засобах, виробках медичного призначення, медичній техніці, медичних і соціальних послугах і поєднає економічну (цінову) ефективність і якісні параметри предмета закупівлі. На думку **Н.Я. Борсук**, найдієвіший шлях проведення закупівель товарів, робіт і послуг високої якості за низькою ціною – здійснення прозорого конкурсного відбору найкращого постачальника¹⁰⁶. Конкурентні закупівлі дають можливість урядам ефективно використовувати кошти, на ринку з'являються нові комерційні можливості, споживачі переконуються, що ресурси використовуються економно, а послуги мають високу якість¹⁰⁷.

Оптимізація доступу, змістове розширення й джерельна консолідація відомостей про ринкову кон'юнктуру в офіційних базах даних сприятиме обмеженню практики антиконкурентного обміну інсайдерською інформацією.

Обмін передбачає рівномірне відшкодування витрат сторін взаємовідносин, врівноваження їхніх інтересів і еквівалентне заміщення користі. Тому продавець не повинен намагатися продати за ціну, яка нерозумна для ринку, а покупець не

круглого столу «Прозорість державних закупівель – 2013»: пропонується залучити громадські організації до складу комісій з питань супроводу державних закупівель // Аптека. – 2012. – 17 груд. [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://www.apteka.ua/article/188455>. – Заголовок з екрана.

¹⁰⁶ Борсук Н. Я. Проблемні питання кваліфікації дій замовників конкурсних процедур закупівлі / Н. Я. Борсук // Часопис Київ. ун-ту права. – 2010. – № 3. – С. 90.

¹⁰⁷ Козюбра О. Державні закупівлі / О. Козюбра, М. Масбаум // Укр. правнич. часопис. – 2003. – № 5 (10). – С. 67.

має бажання платити будь-яку ціну. Для договірної права важливо, щоб раціональність передбачала стабільність і упорядкованість переваг, які дають змогу суб'єкту приймати виважені економічні рішення¹⁰⁸. Критерій, який передбачає врахування тільки цінових параметрів конкурсної пропозиції, не може бути покладений в основу оцінки товарів і послуг сфери охорони здоров'я, з огляду на загрози порушення істотних публічно-правових цінностей. Наприклад, медичне застосування вакцини «Пентаксим», закупленої МОЗУ в 2009 р. без належної медико-технічної експертизи, призвело до декількох смертей новонароджених дітей (склад активних речовин цього лікарського засобу, на думку фахівців, небезпечний із погляду ймовірності настання генетичних порушень, скорочення народонаселення)¹⁰⁹. Як зазначає **В.Т. Смирнов**, мета конкурсу ніколи не може полягати в тому, щоб визначити тільки найкраще вирішення завдання. Його мета – застосування отриманого результату на практиці, у виробництві тощо¹¹⁰. Тому господарський правопорядок під час придбання медичної продукції й послуг буде забезпечений, якщо закупівля здійснюватиметься не лише з урахуванням пріоритету економії ресурсів, але й із метою підвищення якості надання медико-санітарної допомоги.

* * *

Хоча конституційні положення про обов'язки держави забезпечувати збереження генофонду українського народу й права на здоров'я перебувають в складному системно-ієрархічному зв'язку з іншими нормативними приписами¹¹¹, об'єктивно зростає суспільно-політична ціна функціонування конституційно-правових механізмів забезпечення відповідності змісту актів господарського законодавства принци-

повим положенням національної правової політики¹¹². Якщо йдеться про відносини у сфері охорони здоров'я, у яких створюються невідключні блага, якісні властивості важливіші за низьку ціну, адже, згідно із ст. 3 Конституції України, людина, її життя і здоров'я визнаються в Україні найвищою соціальною цінністю. Відповідно до ст. 39 ГК України, держава забезпечує громадянам захист їхніх інтересів як споживачів, гарантує придбання чи одержання іншим законним способом товарів (робіт, послуг) в обсягах, які забезпечують рівень споживання, достатній для підтримання здоров'я й життєдіяльності.

В економічній літературі зустрічається тлумачення якості продукції як синоніму конкурентоспроможності¹¹³. Але не слід недооцінювати господарське значення низької ціни в умовах чинної бюджетної політики, коли спостерігається дефіцит суспільних фінансів¹¹⁴ і треба економно витратити ресурси публічних фондів грошових коштів на неперіоритетні галузі. Такий підхід дасть змогу в процесі правозастосування поєднати ціновий і неціновий критерії, тобто досягти оптимального співвідношення «ціна–якість» (гармонізувати їх), оскільки питома вага першого при змішаній оцінці залишиться незмінною. Тому не слід протиставляти максимальні ощадливість (мінімізацію видатків замовника) і ефективність (найбільш якісне й стабільне виконання договірних зобов'язань учасником) під час проведення торгів, а шукати підходи до їх узгодження. **Ф. Кірш** доводить, що культ приватного інтересу затьмарив більш широкі й перспективні погляди, позбавивши ринкову систему моральної вісі¹¹⁵.

З урахуванням досвіду вітчизняної господарської практики справедливими здаються положення марксизму, як-от: «Капіталістичне виробництво, засноване на системі всезагальної грошової корисності, на практиці не допускає ситуацій, коли б у сфері суспільного виробництва й обміну певне благо саме по собі мало іншу,

¹⁰⁸ Гриценко О. А. Економічні основи договірної права / О. А. Гриценко, Л. М. Павловська // Вісн. Нац. ун-ту «Юрид. акад. України ім. Я. Мудрого». Серія: Економ. теорія та право. – 2011. – № 2 (5). – С. 148, 149.

¹⁰⁹ Смертельні вакцини за завищеною ціною // Buymore.pro: новини політики [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://ua.buymore.pro/news/politics/144/deadly-vaccine-inflated-prices>. – Заголовок з екрана.

¹¹⁰ Смирнов В. Т. Конкурс в советском трудовом праве: автореф. дис. на соиск. учен. степ. канд. юрид. наук: спец. 12.00.05 «Трудовое право; право социального обеспечения» / В. Т. Смирнов; Моск. гос. ун-т. – М., 1962. – С. 19.

¹¹¹ Пашков В. М. Проблеми господарсько-правового забезпечення відносин в сфері охорони здоров'я: автореф. дис. на здоб. наук. ступ. д-ра юрид. наук: спец. 12.00.04 «Господарське право; господарсько-процесуальне право» / В. М. Пашков; Нац. юрид. акад. України ім. Я. Мудрого. – Х., 2010. – С. 1, 2.

¹¹² Задохайло Д. В. Конституційний економічний порядок: проблема систематизації нормативно-правового забезпечення / Д. В. Задохайло // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2006. – № 4 (47). – С. 127.

¹¹³ Гурова К. Д. Конкурентна політика держави в умовах економічної глобалізації / К. Д. Гурова, Л. І. Пронкіна // Вісн. Нац. ун-ту «Юрид. акад. України ім. Я. Мудрого». Серія: Економ. теорія та право. – 2012. – № 1 (8). – С. 62.

¹¹⁴ Новий курс: реформи в Україні (2010 – 2015): нац. доп. / за заг. ред. В. М. Гейця та ін. – К.: НВЦ НБУВ, 2010. – С. 70, 71, 83.

¹¹⁵ Hirsch F. Social limitsto growth / F. Hirsch. – Cambridge: Routledge, 1976. – 232 p.

самостійну й більш високу, цінність»¹¹⁶. Парадоксально, але існування цієї проблеми визнає і **Дж. Сорос**: «Центральним ядром капіталістичної системи є конкуренція, успіх якої вимірюється грошима. Гроші підміняють собою реальні цінності, а капіталістичні ринки захоплюють панівні позиції в традиційно невластивих для них сферах. У праві, медицині, політиці, освіті, науці, мистецтві, сфері міжособистісного спілкування індивідуальні досягнення й чесноти, які мають розглядатися в контексті самоцінності, переводяться у грошовий вимір; їх оцінюють з погляду кількості коштів, які вони приносять, а не з точки зору їх реальної цінності»¹¹⁷.

Таким чином, у чинній системі оцінки конкурсних пропозицій учасників є суттєвий дисбаланс на користь цінового критерію, коли для врахування поряд із ціною якісних ознак предмета закупівлі встановлено тільки одну неконкретну підставу – «закупівля, яка має складний або спеціалізований характер»¹¹⁸ і передбачено обмежену кількість нецінових критеріїв. До цього призводить і офіційне визнання фармацевтичної галузі системоутворюючою для вітчизняної економіки на підставі міркувань, що в Україні наявні основні складові для активізації розвитку її економічного, науково-дослідного (інноваційного) й експортного потенціалу (це відображає лінійність ставлення до соціального як до похідного від економіки, що суперечить цьому припису Конституції України й зрештою призводить до збитковості галузі). Оскільки під час розгляду конкурсних пропозицій замовникам необхідно брати до уваги специфіку господарського забезпечення потреб сфери охорони здоров'я, факт закупівлі лікарських засобів, виробів медичного призначення, медичної техніки, медичних і соціальних послуг слід нормативно визначити самостійною підставою застосування змішаної системи оцінки (цінового й нецінових критеріїв).

Оцінювання конкурсних пропозицій на основі складної й розгалуженої системи показників дозволяє замовникам врахувати не тільки прямі витрати, але й вартість товарів у процесі ек-

сплуатації. У ст. 53 Директиви 2004/18/ЄС звертається увага, що критерії оцінки мають давати змогу проводити об'єктивне порівняння пропозицій, а серед нецінових згадуються технічна досконалість, поточні витрати на експлуатацію, ризики для суб'єкта, який здійснює замовлення й використовуватиме у своїй діяльності предмет закупівлі. Тому слід вести мову про необхідність розширення переліку нецінових, тобто якісних, критеріїв оцінки.

Відтак, *систему якісних критеріїв оцінки конкурсних пропозицій*, які закріплені в ч. 5 ст. 28 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 р., слід запропонувати доповнити такими:

- (1) час експлуатації;
- (2) вплив на довкілля;
- (3) технічна допомога під час експлуатації;
- (4) ступінь відповідності лікарського засобу, виробу медичного призначення, медичної техніки вітчизняним і міжнародним правилам, у тому числі вимогам належної виробничої практики, стосовно якості, безпечності та ефективності застосування;
- (5) досвід доклінічних досліджень, попередніх клінічних випробувань і клінічного застосування лікарського засобу;
- (6) використання під час надання медичних послуг стандартів (протоколів) медичної допомоги, клінічних рекомендацій;
- (7) здатність за допомогою предмета закупівлі підвищити ефективність господарської діяльності, вирішувати складні господарські завдання, проводити лікування соціально-небезпечних і найпоширеніших захворювань.

Також доцільно було б нормативно заборонити замовникам вказувати в документації конкурсних торгів інші види нецінових критеріїв, крім тих, які визначені в ч. 5 ст. 28 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010, і встановити конкретні підстави застосування всіх процедур закупівель (МОЗУ для придбання лікарських засобів часто використовує процедуру запиту цінових пропозицій, під час проведення якої єдиним критерієм оцінювання є ціна).

* * *

Помилково говорити, що електронний аукціон – це єдина процедура закупівлі, яка не дає змоги зробити переможцем «свою» фірму, оскільки ним стає підприємець, готовий виконати зобов'язання за найменшу ціну, коли не враховуються суб'єктивні критерії.

По-перше, формат торгів із закритими конвертами (відкриті торги, запит цінових пропозицій,

¹¹⁶ Маркс К. Соч. / К. Маркс, Ф. Энгельс. – Т. 46: Формы, предшествующие капиталистическому производству. – М.: Гос. изд-во полит. лит-ры, 1968. – Ч. 1. – С. 386, 387.

¹¹⁷ Сорос Дж. Открытое общество: реформируя глобальный капитализм / Дж. Сорос. – М.: Изд. Некоммерческого фонда поддержки культуры, образования и новых информационных технологий, 2001. – С. 247.

¹¹⁸ Олефір А. О. Господарсько-правове забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я: теоретичні та практичні аспекти: моногр. / А. О. Олефір. – Х.: Юрайт, 2012. – С. 261.

попередня кваліфікація, двоступеневі торги), за правилами якого суб'єкти господарювання подають по одній заявці, одночасно й незалежно один від одного, зобов'язує замовників розглядати пропозиції всіх учасників, що стимулює конкурентоспроможних претендентів заявляти ринкову ціну, зменшує вірогідність антиконкурентних змов між учасниками.

По-друге, дискримінаційні умови можуть містити як аукціонна документація, так і кваліфікаційні критерії.

По-третє, регламентація порядку проведення електронного аукціону в Законі України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 р. містить ряд суттєвих недоліків, які нівелюють його ефективність і містять підстави для зловживань¹¹⁹.

По-четверте, поширені, наприклад, у РФ, схеми здійснення антиконкурентних узгоджених дій учасниками торговельної сесії аукціону. Оскільки проведення електронних аукціонів у сфері закупівель в Україні очікувано інтенсифікуватиметься, слід описати одну з тактик поведінки на аукціонах недобросовісних учасників («таран»), яка була предметом розгляду 15-го Арбітражного апеляційного суду РФ, який у рішенні №90/05 від 18.04.2012 визнав поведінку підприємств «А», «Б» і «В» під час проведення аукціону антиконкурентними узгодженими діями, у результаті яких «Б» було неправомірно визнано переможцем. «А» і «В» необґрунтовано знижували контрактну ціну без наміру укласти за результатами торгів контракти й протягом 2-3 хв. знизили початкову (максимальну) ціну до 2 870 145,3 руб (на 85 %), прибравши цим інших учасників. «Б» від початку не брало участі в аукціоні й мало право подати будь-яку пропозицію (не вищу за початкову ціну й не нижче за ціну останнього зниження), чим і скористалося. Після перевірки кваліфікаційних даних учасників за результатами торговельної сесії замовником було встановлено, що «А» і «В» не відповідають кваліфікаційним вимогам, і переможцем визнано «Б».

Придбання товарів, робіт і послуг за завищеними цінами призводить до перевитрат державних коштів, яких не вистачає для задоволення хоча б поточних потреб, не залишаючи місця для підвищення якості високоспеціалізованої медичної допомоги (ефективність використання коштів, спрямованих на потреби системи охорони

здоров'я, становить 40 % (2012 р. на фінансування цієї сфери з усіх джерел було витрачено 56 млрд грн.¹²⁰). Наведемо кілька прикладів з практики. Восени 2012 р. Миколаївський обласний протитуберкульозний диспансер закупив за бюджетні кошти рентгенівський багатозрізовий спіральний комп'ютерний томограф вартістю 5,99 млн грн., хоча на ринку були аналогічні пропозиції ціною 4,2 млн грн.¹²¹ У січні 2013 р. один із санаторно-оздоровчих центрів реабілітації дітей-сиріт уклав із підприємством кілька угод на постачання продуктів харчування на 7,74 млн грн., при цьому договірні ціни на окремі продукти у 2–2,5 рази перевищували середні ринкові роздрібні ціни, зафіксовані МЕРТУ¹²².

Згідно з наказом Головного контрольно-ревізійного управління України №44 від 28.02.2011, органи Державної фінансової інспекції зобов'язані здійснювати порівняльний аналіз закупівельних цін під час перевірок процедур закупівель в одного учасника і при запиті цінкових пропозицій, а за наявності сумнівів щодо закупівельних цін (припущення, що ціна не виправдано висока) дослідженню підлягають також і процедури відкритих торгів, двоступеневих торгів і попередньої кваліфікації. Досягненню позитивних результатів у цій роботі не сприяє мінімальна кількість законодавчо закріплених господарсько-правових засобів, спрямованих на унеможливлення закупівель за завищеними цінами. Аудит ефективності використання виділених МОЗУ коштів державного бюджету звернув увагу на те, що моніторинг ціноутворення охоплює не всі найменування лікарських засобів і виробів медичного призначення, що спричинило змістову обмеженість реєстру оптово-відпускних цін¹²³. Тому науковці наголошують на доцільності розширення цього реєстру¹²⁴, на активному

¹¹⁹ Олефір А. О. Проблеми здійснення державних закупівель за процедурою електронного реверсивного аукціону / А. О. Олефір // Юридичний журнал. – 2012. – № 7 / 8 (121 / 122). – С. 34 – 44.

¹²⁰ Карпук В. Гроші, виділені на медицину, йдуть на відкати – експерти [інтерв'ю з В. Карпуком, В. Коржом, О. Мусієм / розмова вела І. Шторгін] // Радіо свобода: суспільство [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://www.radiosvoboda.org/content/article/24613200.html>. – Заголовок з екрана.

¹²¹ Тубдиспансер купив томограф за 6 млн, хоча міг і за чотири // Наші гроші: медицина [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://nashigroshi.org/2012/09/18/tubdyspanser-kupuv-tomograf-za-6-miljoniv-hocha-mih-i-za-chotyry>. – Заголовок з екрана.

¹²² Дитячий санаторій придбав продуктів утридорога // Наші гроші: медицина [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://nashigroshi.org/2013/01/29/dytyachyj-sanatorij-prydbav-produktiv-utrydoroha/>. – Заголовок з екрана.

¹²³ Висновки щодо виконання Державного бюджету України за 2011 рік / відп. за випуск О. І. Тесленко. – К.: Рахункова палата, 2012. – С. 30.

¹²⁴ Олефір А. О. Господарсько-правове забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я: теоретичні та практичні аспекти: моногр. / А. О. Олефір. – Х.: Юрайт, 2012. – С. 229 – 231.

застосовуванні змішаної системи подання регульованих державою оптових і вільно встановлюваних цін¹²⁵. Оптимізація доступу, змістове розширення й джерельна консолідація відомостей про ринкову кон'юнктуру в офіційних базах даних сприятиме обмеженню практики антиконкурентного обміну інсайдерською інформацією між замовниками й учасниками, адже для прийняття ефективних юридично значущих рішень про участь у ринкових відносинах суб'єкти господарювання завжди користуються всією доступною інформацією.

Отже, слід запропонувати внести до Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 такі зміни:

(1) при здійсненні закупівлі лікарських засобів і виробів медичного призначення суб'єкту господарювання має бути відмовлено в участі в процедурі закупівлі, якщо максимальна оптово-відпускна ціна такого постачальника не зареєстрована у встановленому законодавством порядку або якщо запропонована таким учасником ціна перевищує максимальну задекларовану оптово-відпускну ціну;

(2) ціна предмета закупівлі за результатами конкурсних торгів не може бути більшою за його очікувану вартість, визначену в річному плані замовника¹²⁶, а також за середню ринкову ціну на відповідний товар.

Для отримання статистичних і аналітичних даних для здійснення порівняльного аналізу закупівельних цін і закріплення в річному плані обґрунтованої очікуваної вартості предмета закупівлі замовники зобов'язані звертатися до таких джерел інформації про ціноутворення:

(1) стосовно середніх цін на внутрішньому й зовнішньому ринках: звітність Державної служби статистики України, Торгово-промислової палати України і її регіональних відділень, державного підприємства «Державний інформаційно-аналітичний центр моніторингу зовнішніх товарних ринків», висновки МЕРТУ про результати моніторингу середніх ринкових цін (загальноукраїнських і регіональних) на соціальні групи товарів і нафтопродукти, дані реєстрів оптово-відпускних цін (моніторинг цін на лікарські засоби і вироби медичного призначення, які закуповуються за рахунок коштів державного і

місцевих бюджетів, забезпечує державне підприємство «Державний експертний центр МОЗУ»), інші загальнодоступні результати досліджень ринкової кон'юнктури цін на товари й послуги, які не підлягають декларуванню чи реєстрації (у тому числі проведені за ініціативою замовника), слід надсилати запити до профільних центральних органів виконавчої влади;

(2) стосовно відпускних цін виробників і їхніх офіційних представників, направляти запити до вітчизняних і іноземних виробників придбаної продукції (або еквіваленту), їх офіційних представників на території України, до Державної митної служби України щодо ціни, за якою продукція іноземного виробництва перетнула митний кордон України.

Оскільки ці джерела інформації розрізнені й не містять вичерпних відомостей про оптово-відпускні ціни на всі групи товарів, при МЕРТУ необхідно створити центр моніторингу й експертизи цін, який консолідуватиме дані про середні ринкові ціни на внутрішньому й зовнішньому ринках і розміщуватиме в мережі інтернет відповідну інформацію. За умови запровадження системи єдиного реєстру державних закупівель в Україні, його дані також можуть бути використані для визначення очікуваних цін на предмет закупівлі. До речі, у Федеральному Законі РФ «Про внесення змін у Федеральний Закон «Про розміщення замовлень на поставки товарів, виконання робіт, надання послуг для державних і муніципальних потреб» від 21.04.2011 за Урядом РФ закріплено право визначати закритий перелік джерел інформації про ціни на товари, роботи й послуги як предмет закупівлі.

* * *

Нескоординованість поведінки замовників і відсутність моніторингу процесів ціноутворення часто призводять не тільки до нераціонального використання державних коштів, але й до несвоєчасних поставок (повідомлення РП «Імунопрофілактика не рятує населення від хвороб» від 24.10.2012). Дисфункціональність під час виконання господарсько-договірних зобов'язань (затримки або неможливість виконання взятих учасниками зобов'язань, вимоги про збільшення ціни договору) часто трапляється через встановлення в договорах про закупівлю демпінгових цін.

Тому для гарантування більш якісного відбору пропозицій конкурсних торгів під час проведення їх оцінки слід запропонувати такі нормативні перетворення:

¹²⁵ Пашков В. М. Правове регулювання обігу лікарських засобів: моногр. / В. М. Пашков. – К.: МОРИОН, 2004. – С. 31.

¹²⁶ Олефір А. О. Господарсько-правове забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я: теоретичні та практичні аспекти: моногр. / А. О. Олефір. – Х.: Юрайт, 2012. – С. 214 – 216, 237 – 247.

(1) закріпити за комітетом конкурсних торгів у випадку отримання пропозиції зі значно нижчою ціною, ніж інші пропозиції (30% різниця), право вимагати від такого учасника подання додаткових документів, які підтверджують наявність у нього організаційно-господарських можливостей виконати всі умови контракту;

(2) для підвищення фінансової відповідальності постачальників, за умови зниження очікуваної (початкової) ціни контракту більше ніж на 30%, розмір забезпечення пропозиції конкурсних торгів і виконання договору про закупівлю такого учасника мають збільшитися на 50%, що не стосується суб'єктів господарювання, які мають бездоганну ділову репутацію, згідно з даними реєстру добросовісних учасників процедур закупівель;

(3) у формі засобу заохочення підприємців до належного виконання державних контрактів стосовно добросовісних учасників процедур закупівель слід закріпити спеціальну вимогу про надання фінансових забезпечень узятих зобов'язань у зменшеному розмірі;

(4) на рівні КМУ затвердити порядок формування початкових (максимальних) цін договорів про закупівлю (лотів) на медичну продукцію й послуги для включення таких цін в конкурсну документацію, у тому числі встановити критичний перелік джерел інформації про ціни на товари, послуги.

Концентрація капіталу в Україні призвела до заміни власників «підпільно-цехового» і «бандитського» форматів лідерами корпоративних бізнес-структур, які поєднують легальні й нелегальні форми діяльності, використовують корупційні зв'язки в органах влади¹²⁷. Дж. Сорос розмірковує: «Якщо раніше головними завойовниками були держави, тепер ними стали приватні комерційні групи, які претендують на роль вершителей долі світу»¹²⁸. У законодавстві більшості європейських держав акцентовано увагу на протидії саме організованій економічній злочинності¹²⁹, яка інтенсивно розвивається в умо-

вах ринку¹³⁰. Складність змісту економічних відносин вимагає застосування в підприємницькій діяльності багатьох обмежень і заборон¹³¹, тому слід робити наголос на антикорупційній складовій господарського законодавства, що об'єктом впливу має поведінку мегаекономічних суб'єктів¹³².

Згідно з Національною антикорупційною стратегією, затвердженою Указом Президента України № 1001/2011 від 21.10.2011, сфера державних закупівель є зоною підвищеного корупційного ризику (одна з основних технологій прискореного формування капіталу – прямий чи опосередкований перерозподіл ресурсів шляхом обслуговування державних і регіональних цільових програм, коли відбувається завищення цін, нецільове використання бюджетних коштів у відносно правомірний зовні спосіб¹³³).

Одна з підстав для відмови суб'єктам господарювання в участі у процедурі закупівлі, що визначені в ч. 1 ст. 17 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010, – подання конкурсної пропозиції учасником, який є пов'язаною особою з іншими учасниками цієї закупівлі. Незважаючи на розгорнуте визначення змісту поняття «пов'язана особа» в п. 22 ч. 1 ст. 1 цього Закону, практичний механізм протидії участі таких суб'єктів у процедурах закупівель досить обмежений. Окрім згаданого прикладу, нормативно передбачені лише два випадки: (1) член постійної адміністративної колегії АМКУ, який є пов'язаною особою із суб'єктом оскарження або замовником, не може брати участь у розгляді й прийнятті рішення по такій скарзі; (2) АМКУ залучає для отримання консультацій і експертних висновків представників державних органів і експертів, які не є пов'язаними особами.

¹³⁰ Лунеев В. В. Организованная преступность в России: осознание, истоки, тенденции / В. В. Лунеев // Государство и право. – 1996. – № 4. – С. 105.

¹³¹ Задихайло Д. Право на підприємницьку діяльність у системі відносин правового господарського порядку / Д. Задихайло // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2011. – № 2 (65). – С. 121.

¹³² Олефир А. А. Правовое обеспечение антикоррупционной политики в хозяйственных отношениях государственных закупок / А. А. Олефир // Вопросы права и политики. – 2012. – №5 [Электрон. ресурс]. – Режим доступа: http://e-notabene.ru/lr/article_353.html. – Заглавие с экрана.

¹³³ Користін О. Є. Організована економічна злочинність в Україні: сучасний стан і стратегія протидії / О. Є. Користін, С. С. Чернявський // Юрид. часопис Нац. акад. внутр. справ. – 2011. – №1 [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://www.naiu.kiev.ua/chasopis/materials/23>. – Заголовок з екрана; Логинов Е. Л. Криминальные операции в российских и зарубежных корпорациях: учеб. пособ. / Е. Л. Логинов. – М.: ЮНИТИ-ДАНА: Закон и право, 2005. – С. 62.

¹²⁷ Користін О. Є. Організована економічна злочинність в Україні: сучасний стан і стратегія протидії / О. Є. Користін, С. С. Чернявський // Юрид. часопис Нац. акад. внутр. справ. – 2011. – № 1 [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://www.naiu.kiev.ua/chasopis/materials/23>. – Заголовок з екрана.

¹²⁸ Сорос Дж. Кризис мирового капитализма: открытое общество в опасности / Дж. Сорос; пер. с англ. С. Умрихиной, М. Штернгарца. – М.: ИНФРА-М, 1999. – С. 114.

¹²⁹ Організована злочинність в Україні та країнах Європи: навч. посіб. / О. М. Джужа, В. В. Василевич, Н. В. Кулакова та ін.; за заг. ред. О. М. Джужі. – К.: РВВ КНУВС, 2007. – 248 с.

Господарські відносини між пов'язаними особами передбачають здійснення й безпосереднього, і опосередкованого контролю (через інших пов'язаних осіб) управленою стороною над зобов'язаною (підприємством). Об'єктами такого контролю є відносини управління унітарними підприємствами й контроль корпоративних підприємств у формі як простої, так і вирішальної залежності через володіння пакетами корпоративних прав, оскільки поняття «учасник процедури закупівлі» охоплює всі види фізичних і юридичних осіб¹³⁴. Це розуміння ознаки контролю, який здійснює юридична особа стосовно асоційованих підприємств, змістовно збігається з поняттям материнської компанії у ст. 14.1.103 ПК України.

Науковці-господарники звертають увагу на необхідність міжгалузевої уніфікації цього поняття і його закріплення в ч. 5 ст. 126 ГК України¹³⁵. Поняття «пов'язана особа» у сфері державних закупівель охоплює відносини не тільки між юридичними особами, як, наприклад, ч. 1 ст. 126 ГК України, яка регламентує відносини між асоційованими підприємствами, але й між фізичними й/або юридичними особами, оскільки фізичні особи можуть бути суб'єктами організаційно-господарських повноважень і володіти правом здійснювати від імені суб'єкта господарювання дії, які породжують юридичні наслідки. Цей підхід концептуально тотожний нормативному припису ст. 14.1.159 ПК України, у якому закріплене поняття «пов'язані особи», хоча п. 22 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 передбачає значно більше конфігурацій господарських зв'язків між ними.

Д.В. Задихайло наголошує, що кваліфікація асоційованих підприємств як холдингової групи важлива не лише в контексті майнових відносин між ними та їхніми кредиторами, це важливіше для відносин організаційно-господарського плану¹³⁶. Практика встановлення законодавчих заборон на укладання господарською організацією майново-господарських зобов'язань із суб'єктом господарювання, який пов'язаний із посадовими особами чи власником такої організації, типова у сфері підприємництва. Це стосується й згада-

ного п. 6 ч. 1 ст. 17 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010, і Закону України «Про акціонерні товариства» від 17.09.2008, де передбачено, що якщо правочин, який викликає зацікавленість, порушує інтереси товариства, наглядова рада може заборонити його вчинення або винести розгляд цього питання на загальні збори. Мотивація таких дій законодавця – забезпечити, щоб договори, які укладаються підприємством, не завдавали йому шкоди, оскільки їх можуть лобювати впливові особи не в інтересах підприємства, а в інтересах тих, із ким укладаються угоди¹³⁷.

У ст. 14.1.159 ПК України поняття «пов'язані особи» визначене за допомогою такої ознаки, як «вплив взаємовідносин між особами на умови, економічні результати їхньої діяльності чи діяльності осіб, яких вони представляють». На думку Є. Протаса, при укладенні договору, поряд зі з'ясуванням фінансової спроможності й ділової репутації партнера, важливо оцінити, чи не є він потенційним конкурентом і чи справді зацікавлений у належному виконанні зобов'язання¹³⁸.

Оскільки, згідно з п. 22 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010, «пов'язаними» можуть бути як декілька учасників процедури закупівлі між собою, так і замовник з учасником, участь пов'язаних осіб у господарських відносинах закупівель призводить до таких наслідків:

(1) між ними існує господарська залежність і єдність господарських інтересів, які переважно суперечать інтересам замовника як суб'єкта господарського права й іншим публічно-правовим цінностям;

(2) не відбувається взаємоузгодження публічних і приватних інтересів, що спричиняє конфлікт, оскільки одна чи обидві сторони є представниками домінуючих незаконних приватних інтересів;

(3) вчиняються антиконкурентні дії учасниками, які узгодили свою поведінку, або замовником, зацікавленим в укладенні договору з конкретним суб'єктом господарювання.

Науковці-господарники визнають, що в основі будь-яких суспільних відносин лежить свідомо мотивована, викликана необхідністю

¹³⁴ Олефір А. О. Господарсько-правове забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я: теоретичні та практичні аспекти: моногр. / А. О. Олефір. – Х.: Юрайт, 2012. – С. 78 – 80.

¹³⁵ Задихайло Д. В. Господарсько-правове забезпечення економічної політики держави: моногр. / Д. В. Задихайло. – Х.: Юрайт, 2012. – С. 25.

¹³⁶ Там само. – С. 23.

¹³⁷ Жилинський С. Э. Предпринимательское право (правовая основа предпринимательской деятельности): учебник / С. Э. Жилинський; предисл. В. Ф. Яковлева. – [5-е изд., перераб. и доп.]. – М.: Норма, 2004. – С. 391, 392.

¹³⁸ Протас Е. В. Договор поставки в условиях рыночной экономики: учеб. пособ. / Е. В. Протас. – М.: МГИУ, 1999. – С. 17.

задоволення конкретних потреб і інтересів особи чи суспільства в цілому¹³⁹. Тому участь у господарських відносинах закупівель пов'язаних осіб із високим ступенем імовірності матиме наслідками дисфункціональність таких суспільних інтересів, як «спроможність ринку державних закупівель в охороні здоров'я стабільно функціонувати, забезпечуючи потреби сфери в повному обсязі, мінімізація випадків зриву чи затягування закупівельних процедур», «придбання основного предмета на засадах поєднання максимальних якості, безпечності, ефективності й економічної обґрунтованості цін», «створення конкурентного середовища на ринку закупівель і розвиток добросовісної конкуренції» та ін.

Обмеженість і низька ефективність нормативного механізму протидії участі пов'язаних осіб у державних закупівлях пов'язані з тим, що сфера застосування п. 6 ч. 1 ст. 17 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 не виправдано звужена за колом осіб. Це підтверджується тим, що стан регуляторної політики в Україні не відповідає інтересам підприємців і перешкоджає їх розвитку¹⁴⁰. По-перше, у п. 6 ч. 1 ст. 17 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 йдеться про відносини залежності між учасниками процедури закупівлі, що лише частково відображає зміст поняття «пов'язана особа», закріпленого в п. 22 ч. 1 ст. 1 цього Закону. Для врівноваження обсягів цих нормативних приписів у п. 6 ч. 1 ст. 17 Закону доречно закріпити випадок, коли учасник є пов'язаною особою із замовником або з членами комітету конкурсних торгів. По-друге, в Україні значна частка державних коштів витрачається за угодами, що укладаються із суб'єктами господарювання, які пов'язані з особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування й прирівняними до них¹⁴¹. Для створення додаткових гарантій господарського правопорядку сферу застосування п. 6 ч. 1 ст. 17 Закону України «Про здійснення

державних закупівель» від 01.06.2010 слід поширити на ці категорії осіб. Це зумовлено необхідністю протидії протиправному поєднанню особистісних фінансових інтересів і посадових обов'язків державних службовців, адже, за визначенням **О.В. Рябічко**, ефективність державної політики визначається відповідальним виконанням функціональних обов'язків владними структурами¹⁴².

Вплив на суспільні відносини позаюрідичних регуляторів існує постійно¹⁴³. Науковці зауважують, що корупція в Україні подекуди перебирає на себе функції забезпечення наступності влади, що є наслідком низької дієздатності владних інститутів. За таких умов корупційний платіж сплачується не за порушення нормативних приписів (як у більшості менш корумпованих країн), а за виконання державним інститутом властивих йому функцій, що є ознакою неприйнятності рівня корупції¹⁴⁴. Наприклад, восени 2012 р. Вінницька обласна державна адміністрація закупила за 13,32 млн грн. у підприємства, яке «пов'язане» з одним із членів КМУ, 157 санітарних автомобілів, хоча ця пропозиція не була найдешевшою в конкурсі, а пропозиції п'ятох компаній, які пропонували авто дешевше, були відхилені на формальних підставах¹⁴⁵. До речі, у Законі України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 закріплено заборону на членство в комітетах конкурсних торгів для народних депутатів, депутатів Верховної Ради Автономної Республіки Крим, міської, районної у місті, районної, обласної ради.

Особи, які займають керівні посади в органах публічної влади й наділені правом приймати рішення про правозастосування засобів державного регулювання економіки, для виконання посадових обов'язків мають доступ до державної й комерційної таємниці, документації службового користування. Суттєвою є загроза

¹³⁹ Задихайло Д. В. Основи господарського права України: навч. посіб. / Д. В. Задихайло, В. М. Пашков. – Х.: Юрайт, 2012. – С. 168.

¹⁴⁰ Васильків Т. Г. Удосконалення державного регулювання підприємницької діяльності в Україні / Т. Г. Васильків // Стратег. пріоритети. – 2009. – № 1 (10). – С. 145 – 150.

¹⁴¹ В перинагальний центр купили обладнання на 13 млн // Наші гроші: медицина [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://nashigroshi.org/2012/11/01/v-perynagalnyj-tsentr-kupyly-obladnannya-na-13-miljoniv>. – Заголовок з екрана; Вінницьким лікарям придбали дві сотні санітарних «легковушок» на 13 млн // Наші гроші: медицина [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://nashigroshi.org/2012/11/14/vinnytskym-likaryam-prydbaly-dvi-sotni-sanitarnyh-lehkovushok>. – Заголовок з екрана.

¹⁴² Рябічко О. В. Державна політика регулювання підприємницької діяльності: механізми формування / О. В. Рябічко // Актуал. пробл. держ. упр. – 2011. – № 1 (39). – С. 72 – 76.

¹⁴³ Пашков В. М. Господарсько-правовий статус закладів охорони здоров'я: моногр. / В. М. Пашков. – К.: Вид-во МОРІОН, 2008. – С. 73.

¹⁴⁴ Післякризовий розвиток економіки України: засади стратегії модернізації: аналіт. доп. / Я. А. Жаліло, Д. С. Покришка, Я. В. Белінська, Я. В. Бережний; кер. авт. кол. Я. А. Жаліло. – К.: НІСД, 2011. – С. 43.

¹⁴⁵ Вінницьким лікарям придбали дві сотні санітарних «легковушок» на 13 млн // Наші гроші: медицина [Електрон. ресурс]. – Режим доступу: <http://nashigroshi.org/2012/11/14/vinnytskym-likaryam-prydbaly-dvi-sotni-sanitarnyh-lehkovushok>. – Заголовок з екрана.

лобіювання цими особами господарських інтересів пов'язаних із ними підприємств, що зумовлено й службовими повноваженнями, і володінням інсайдерською інформацією, і налагодженими діловими (особистісними) зв'язками на рівні публічної влади, і обізнаністю стосовно недоліків функціонування механізму державного нагляду (контролю) за сферою господарювання. Також вони здатні чинити незаконний вплив на прийняття юридично значущих рішень замовниками й учасниками, МЕРТУ як органом виконавчої влади, який здійснює регулювання й координацію у сфері закупівель (МЕРТУ має право отримувати від замовників, учасників інформацію, потрібну для виконання покладених на нього функцій, у тому числі для здійснення моніторингу закупівель, робити висновки й давати рекомендації про усунення й недопущення порушень законодавства).

Уже зверталася увага, що одна з причин дискримінації суб'єктів господарювання – поєднання в одному органі влади функцій державного управління й товарного забезпечення потреб народного господарства на рівні незаконних приватних інтересів вищих посадових осіб державного апарату внаслідок їхньої зацікавленості в комерціалізації пов'язаних із ними підприємств і в отриманні незаконної винагороди. Д.Д. Задихайло, визначивши пряму залежність змістового наповнення компетенції державних органів від соціально-економічних і політичних інтересів деяких суб'єктів і їх об'єднань, наголошує на необхідності на нормативному рівні забезпечити уникнення конфлікту інтересів у діяльності вищих посадових осіб, зокрема Уряду України, між виконанням ними публічних функцій в економічній сфері й реалізацією власної цивільної правосуб'єктності у сфері приватних майнових інтересів шляхом встановлення загальної форми обмеження правосуб'єктності посадових осіб, зокрема пропонується обмежити особисту реалізацію належних їм корпоративних прав, встановлення кваліфікаційних фахових і репутаційних вимог¹⁴⁶. В.М. Пашков наголошує: «Соціальні положення Конституції України свідчать про їх декларативність, а в деяких випадках і надмірність. У цих умовах у будь-якого уряду виникає спокуса замість системного підходу до регулюючого впливу держави застосувати засоби «ручного» управління. У таких умовах професіонали не

потрібні»¹⁴⁷. На думку **В.А. Устименко**, у відносинах суб'єктів господарювання з органами господарського керівництва враховуються не тільки публічні, але й приватні інтереси, елемент владного примусу відступає на другий план і набуває другорядного значення¹⁴⁸.

Інший недолік законодавства – нормативна неврегульованість порядку доведення до відома замовника інформації, що один із членів комітету конкурсних торгів є пов'язаною особою з учасниками процедури закупівлі, а також інших випадків участі пов'язаних осіб у господарських відносинах, оскільки недоцільно встановлювати ці обставини за фактом вчинення протиправних дій. З огляду на досвід ЄС¹⁴⁹, було б доречно встановити як умову призначення особи членом комітету з конкурсних торгів обов'язок подати замовнику декларацію, у якій вказати суб'єктів господарювання, яких безпосередньо чи через більшу кількість пов'язаних осіб контролює ця особа. Крім цього, в окремих працях наголошується на необхідності нормативного закріплення положень, які б забороняли народним депутатам, членам уряду, керівникам центральних органів виконавчої влади, їх заступникам після відставки протягом кількох років займати керівні посади на підприємствах як публічного, так і приватного права, а пов'язаним із ними суб'єктам господарювання брати участь у процедурах державних закупівель¹⁵⁰. Такі пропозиції будуть суттєвим доповненням до закріплених у ст. 10 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» від 07.04.2011 обмежень діяльності осіб, які звільняються з посад, пов'язаних із виконанням функцій держави або місцевого самоврядування.

Узгоджена господарська діяльність, коли підприємства на основі спільних господарських інтересів мають єдину стратегію розвитку, може здійснюватися й без участі, яка кваліфікується як проста залежність, а ґрунтується на кількісно

¹⁴⁶ Задихайло Д. Д. Функції Уряду України в економічній сфері: модернізація конституційно-правового забезпечення: наук. доп. / Д. Д. Задихайло. – Х.: Юрайт, 2013. – С. 8, 105.

¹⁴⁷ Пашков В. М. Економіко-правова характеристика вітальної безпеки: проблема сьогодення / В. М. Пашков // Вісн. Акад. прав. наук України. – 2009. – № 4 (59). – С. 132 – 143; Пашков В. М. Проблеми правового регулювання відносин у сфері охорони здоров'я (господарсько-правовий контекст): моногр. / В. М. Пашков. – К.: Вид-во МОРІОН, 2009. – С. 122.

¹⁴⁸ Устименко В. А. Отношения в сфере управления хозяйственной деятельностью / В. А. Устименко, А. А. Афоничкин // Экономика и право. – 2008. – № 3. – С. 114, 115.

¹⁴⁹ Олефир А. А. Правовое обеспечение антикоррупционной политики в хозяйственных отношениях государственных закупок / А. А. Олефир // Вопр. права и политики. – 2012. – № 5 [Електрон. ресурс]. – Режим доступа: http://e-notabene.ru/lr/article_353.html. – Заглавие с экрана.

¹⁵⁰ Там само.

незначній участі або взагалі на довготривалій практиці господарських зв'язків, або на специфічній за змістом зобов'язальній природі відносин¹⁵¹. З цього випливає, що спектр господарських зв'язків, які відображають відносини залежності між пов'язаними особами, різноманітний і такі конфігурації в рамках загального підходу неможливо нормативно врегулювати.

Тому з метою мінімізації негативного господарського впливу визначених недоліків у правовому регулюванні державних закупівель доцільно запропонувати такі зміни до Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010:

(1) п. 6 ч. 1 ст. 17 Закону викласти в новій редакції: *«пропозиція конкурсних торгів подана учасником, який є пов'язаною особою з іншими учасниками процедури закупівлі, замовником або членами комітету конкурсних торгів, особами, уповноваженими на виконання функцій держави або місцевого самоврядування й прирівняними до них»;*

(2) п. 22 ч. 1 ст. 1 Закону в кінці доповнити реченням: *«Особа перед призначенням на посаду членом комітету з конкурсних торгів зобов'язана подати замовнику декларацію, у якій вказати суб'єктів господарювання, яких безпосередньо чи через більшу кількість пов'язаних осіб контролює ця особа й члени її сім'ї. Члени комітету конкурсних торгів, які підпадають під поняття «пов'язана особа», яке визначене в цій статті, зобов'язані негайно повідомляти замовнику обставини, що свідчать про їхню зацікавленість в укладанні договорів про закупівлю з певними учасниками, а також про інші випадки участі пов'язаних осіб у закупівлях».*

Поряд із підтвердженням фінансової спроможності учасників замовникам доцільно встановлювати в документації конкурсних торгів кваліфікаційну вимогу надання в складі пропозиції конкурсних торгів інформації про осіб, які володіють частками в статутному фонді господарської організації, що є учасником процедури закупівлі. Для легалізації цієї правомочності, спрямованої на мінімізацію участі пов'язаних осіб у закупівлях і на забезпечення стабільності в поставках для державних потреб, необхідно розширити перелік кваліфікаційних критеріїв у ч. 2 ст. 16

Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010. Така ж прогалина в законодавстві є і в РФ, про що свідчить судова практика. Наприклад, 9-й Арбітражний апеляційний суд РФ в рішенні №09АП-12461/2009-АК від 17.08.2009 прийшов до висновку, що закріплення в конкурсній документації вимог про надання в складі заявки на участь у конкурсі відомостей про найменування й організаційно-правові форми всіх засновників, частка яких у статутному капіталі перевищує 10%, із зазначенням частки їхньої участі не передбачене законодавством і є незаконним.

Також у Законі України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 було б доречно більш детально визначити порядок подання конкурсних пропозицій на участь у закупівлі, зокрема врегулювати змістові вимоги до пропозицій постачальників (за основу взяти ст. 25 Федерального Закону РФ «Про розміщення замовлень на поставки товарів, виконання робіт, надання послуг для державних і муніципальних потреб» від 21.07.2005).

Запропоновані господарсько-правові засоби не дублюють, а розширюють інструментарій спеціального антикорупційного законодавства, оскільки обмежують участь у державних торгах широкого кола пов'язаних осіб, незалежно від одержання неправомірних вигод (прийняття обіцянки (пропозиції) такої вигоди для себе чи інших осіб) посадовими особами, нівелюючи навіть потенційні корупційні ризики. У цьому випадку положення ст. 6 Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції» від 07.04.2011 (особам, уповноваженим на виконання функцій держави або місцевого самоврядування й прирівняним до них, посадовим особам юридичних осіб публічного права, особам, які обіймають посади, пов'язані з виконанням організаційно-розпорядчих чи адміністративно-господарських обов'язків, у юридичних особах приватного права незалежно від організаційно-правової форми, забороняється використовувати службові повноваження й пов'язані із цим можливості для одержання неправомірної вигоди або у зв'язку з прийняттям обіцянки (пропозиції) такої вигоди для себе чи інших осіб, у тому числі неправомірно сприяти фізичним або юридичним особам в укладанні контрактів на закупівлю товарів за державні кошти) матимуть загальний характер стосовно таких пропозицій.

¹⁵¹ Задихайло Д. В. Господарсько-правове забезпечення економічної політики держави: моногр. / Д. В. Задихайло. – Х.: Юрайт, 2012. – С. 30, 31.

* * *

О. Уільямсон виділяє чотири сутнісні характеристики договору: планування, достовірність обіцянок, конкуренція й механізм управління¹⁵². З погляду економічної теорії, контрактний торг – це конкретизація сутності контракту внаслідок протилежності інтересів контрагентів (одна й та ж умова договору для однієї зі сторін є обов'язком, для іншої – правом), а контракт – компромісом між достовірністю зобов'язань і витратами на їх забезпечення¹⁵³. Ці теоретичні узагальнення пояснюють логіку законодавця, який у загальних положеннях ст.ст. 3 і 39 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 підкреслює винятковість підстав проведення закупівель за процедурою в одного учасника й фактично орієнтує на мінімальне використання цього правового засобу, але, конкретизуючи етапи організації й проведення процедури, не забезпечує правильний підхід спеціальними нормативними приписами ч. 2 ст. 39 Закону (підстави застосування процедури закупівлі), де закріплені «сприятливі» передумови корупційних зловживань.

Саме тому на практиці часто виникають складнощі з праворозумінням такої умови проведення неконкурентної процедури закупівлі в одного учасника (п. 3 ч. 2 ст. 39 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010), як *«існування нагальної потреби в здійсненні закупівлі у зв'язку з виникненням особливих економічних чи соціальних обставин, які унеможливають дотримання замовниками строків для проведення процедур конкурсних торгів, зокрема пов'язаних із забезпеченням рідкими продуктами нафтопереробки спеціалізованого санітарного транспорту бригад екстреної (швидкої) медичної допомоги, з негайною ліквідацією наслідків надзвичайних ситуацій техногенного й природного характеру, а також із наданням у встановленому порядку Україною гуманітарної допомоги іншим державам»*, а саме:

(1) що можна розцінювати як виникнення особливих економічних чи соціальних обста-

вин, які унеможливають дотримання замовниками строків проведення процедур конкурсних торгів;

(2) що розуміється під експертними, нормативними, технічними й іншими документами, які підтверджують наявність умов застосування процедури закупівлі, а також хто має видавати такі довідки і якого характеру вони мають бути.

Інші недоліки законодавчої регламентації процедури закупівлі в одного учасника й рекомендації по тлумаченню колізійних і таких, які містять прогалини, нормативних приписів у більш розгорнутому вигляді розглядалися в монографічних працях¹⁵⁴.

По-перше, згідно з роз'ясненням МЕРТУ №3302-04/6576-12 від 22.02.2012, перелік обставин (економічних і соціальних), зазначених у п. 3 ч. 2 ст. 39 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010, які обумовлюють виникнення у замовника нагальної потреби в здійсненні закупівлі, не є вичерпним. Відповідно до листа МЕРТУ № 3301-04/40987-06 від 31.10.2012, рішення про закупівлю в одного учасника приймається за наявності документально підтвердженої підстави або декількох підстав одночасно, виключний перелік яких визначений частиною другою статті 39 Закону і які підтверджують винятковість ситуації неможливості використати іншу, конкурентну процедуру закупівлі,

По-друге, відповідно до абз. 12 ч. 1 ст. 39 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010, обґрунтування застосування процедури закупівлі в одного учасника має містити умови застосування процедури закупівлі; посилання на експертні, нормативні, технічні й інші документи, які підтверджують наявність умов застосування процедури закупівлі. Детальніше ці положення розтлумачено в наказі МЕРТУ №428 від 27.12.2011, яким затверджена форма обґрунтування застосування процедури закупівлі в одного учасника, згідно з якою замовником у обґрунтуванні мають у довільній формі описуватися причини й обставини, якими керувався замовник під час обрання процедури закупівлі. Згідно з ч. 2 ст. 39 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010, замовники мають вказувати, які саме особливі економічні чи соціальні обставини

¹⁵² Уильямсон О. И. Экономические институты капитализма: фирмы, рынки, «отношенческая» контрактация / О. И. Уильямсон; науч. ред. и вступ. ст. В. С. Катъкало; пер. с англ. Ю. Е. Благова, В. С. Катъкало, Д. С. Славнова, Ю. В. Федотова, Н. Н. Цытович. – СПб.: Лениздат; CEV Press, 1996. – 702 с.

¹⁵³ Farnsworth A. Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations / A. Farnsworth // Columbia Law Review. – 1987. – Vol. 87, № 2. – Pp. 217 – 294.

¹⁵⁴ Олєфір А. О. Господарсько-правове забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я: теоретичні та практичні аспекти: моногр. / А. О. Олєфір. – Х.: Юрайт, 2012. – С. 267 – 274.

не дали змоги провести конкурентну закупівлю, а для підтвердження, що конкуренцію при цьому не було обмежено, проводити моніторинг ринку й порівнювати ціну пропозиції із середньоринковими цінами. Таке ж правило закріплене в ч. 3 ст. 21 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010: причиною скорочення строків для проведення процедури закупівлі в разі обґрунтованої нагальної потреби в закупівлі продукції харчової промисловості, продуктів харчування, послуг по організації харчування, лікарських засобів і виробів медичного призначення, не може бути бездіяльність замовника в проведенні відповідних процедур закупівель, крім цього, поведінка замовника не повинна свідчити про його наміри послабити конкуренцію між учасниками. Причиною проведення закупівлі в одного учасника не може бути необхідність використання певної суми бюджетних коштів до кінця бюджетного періоду, оскільки це не свідчить про нагальну потребу в здійсненні закупівлі й про виникнення особливих економічних чи соціальних обставин, які унеможливають дотримання замовниками строків проведення процедур конкурсних торгів. Окрім цього, створення вільного залишку бюджетних коштів на кінець бюджетного періоду не є бюджетним правопорушенням і замовник має право звернутися із запитом (або ініціювати звернення) до головного розпорядника бюджетних коштів.

АМКУ і МЕРТУ уважно підходять до вирішення питань про наявність умов для проведення закупівлі в одного учасника на підставі п. 3 ч. 2 ст. 39 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 і часто за відсутності належних обґрунтувань дають негативні висновки замовникам. У рішенні Постійної адміністративної колегії АМКУ з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері державних закупівель № 1231-р/пк-ск від 13.11.2012 було встановлено, що замовник (Миколаївська обласна лікарня комунальної власності) за результатами закупівлі в одного учасника обрав переможцем товариство з обмеженою відповідальністю «ТД «Медтехніка Херсон» з ціною пропозицією 401,493 тис. грн., хоча за результатами проведення конкурентної процедури закупівлі, скасування якої стало однією з підстав проведення закупівлі в одного учасника, було акцептовано пропозицію конкурсних торгів цього ж учасника, але з ціною пропозицією 378,780 тис. грн. За таких умов вартість обладнання за результатами

проведення процедури закупівлі в одного учасника зросла на 22,713 тис. грн. За результатами розгляду цієї справи АМКУ зобов'язав замовника скасувати процедуру закупівлі у зв'язку з порушенням основних принципів здійснення державних закупівель (добросовісної конкуренції між учасниками, максимальної економії й ефективності. Також слід згадати висновки МЕРТУ № 3303-06/11828-12 від 04.04.2013 і № 3303-05/29488-08 від 02.08.2012.

Однією з причин корупції фахівці визнають той факт, що недосконалість і суперечливість регуляторного й фіскального поля роблять практично нереальним виконання багатьох нормативних приписів.

Таким чином, *під особливими економічними чи соціальними обставинами, які унеможливають дотримання замовниками строків проведення процедур конкурсних торгів* пропонуємо розуміти незапобіжні, об'єктивні, нетипові, непередбачувані (незалежні від волі замовника, учасника й пов'язаних із ними осіб) обставини надзвичайного характеру, які утворюють абсолютну неможливість конкурентної процедури закупівлі, у тому числі за скороченою процедурою. Також до ознак цих обставин слід віднести такі: (1) гіпотетичний характер, який означає, що при складанні плану закупівель заздалегідь невідомо, чи існуватиме така обставина; (2) незапобіжність означає, що їх настанню замовник за допомогою будь-яких зусиль не зможе запобігти (попередити); (3) обставини можуть мати як фактичний, так і юридичний характер.

Оскільки ефективність правомочностей сторони договору прямо пропорційна ступеню достовірності взятих зобов'язань¹⁵⁵, головний акцент при з'ясуванні наявності чи відсутності цих обставин у кожному конкретному випадку слід робити не на самих обставинах, а на їх кваліфікуючих ознаках (за якими буде проводитися їх тестування), тому ці критерії

¹⁵⁵ Farnsworth A. Precontractual Liability and Preliminary Agreements: Fair Dealing and Failed Negotiations / A. Farnsworth // Columbia Law Review. – 1987. – Vol. 87, № 2. – Pp. 217 – 294.

є більш-менш універсальними індикаторами наявності чи відсутності підстав для проведення закупівлі за п. 3 ч. 2 ст. 39 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010.

Наприклад, щодо економічних обставин, то це можуть бути істотні (не менше як на 15%) коливання валютних курсів, податкових і митних ставок, біржових індексів, ринкових цін на сировину, матеріали, роботи й послуги, перевантаження і псування наявного обладнання, зношення апаратів і незабезпечення нормального рівня виконання лікувально-діагностичних маніпуляцій; щодо соціальних – вичерпання запасів лікарських препаратів і медикаментів, загроза зростання захворюваності й смертності населення, поширення епідемій і епізоотій, зупинення теплопостачання для обігріву шкіл, дитячих садків, житлових будинків, виникнення соціальних конфліктів. Юридична чи фактична неможливість дотримання нормативних вимог до проведення нових (повторних) конкурсних торгів або вимог бюджетного процесу, крім випадків, коли замовник двічі відмінив процедуру закупівлі через відсутність достатньої кількості учасників, не є умовами застосування процедури закупівлі в одного учасника.

* * *

Крім умов застосування процедури закупівлі, правове значення мають посилення на експертні, нормативні, технічні й інші документи, які підтверджують наявність умов використання конкретної процедури закупівлі. Нормативно визначений перелік цих документів не є вичерпним. Відповідно до листа МЕРТУ №3301-04/40987-06 від 31.10.2012, у ч. 2 ст. 39 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 перераховано 9 виключних випадків застосування процедури закупівлі в одного учасника. Документи, які підтверджують факт їх настання, залежать від кожного окремого випадку й конкретної ситуації й потрібні замовнику для обґрунтування правильності вибору такої процедури закупівлі у випадку оскарження, контрольних заходів і перевірок контролюючих і правоохоронних органів, а також для майбутніх аналогічних випадків.

Законодавчо не встановлено жодних обмежень форми й виду цих документів (довідка, рекомендація, роз'яснення тощо) і вони не мають обов'язкового для замовників характеру (на відміну від постанови КМУ «Про затвердження Порядку погодження застосування процедури закупівлі в одного учасника» від

28.07.2010, що втратила чинність на підставі постанови КМУ №1325 від 21.12.2011, за якою спеціальні погодження надавало МЕРТУ). Перелік цих документів і їх достатність для підтвердження умов певної процедури визначаються на розсуд замовника. Згідно з інструкцією про заповнення форми обґрунтування застосування процедури закупівлі в одного учасника, затвердженою наказом МЕРТУ №428 від 27.12.2011, у документах, які підтверджують наявність умов застосування процедури закупівлі, замовники зобов'язані вказувати відповідні реквізити, тобто видавця, дату видання, номер документа тощо.

Наведемо кілька прикладів з практики. Постійна адміністративна колегія АМКУ по розгляду скарг про порушення законодавства у сфері державних закупівель у рішенні №1231-р/пк-ск від 13.11.2012 встановила, що документи (протокол засідання комітету з конкурсних торгів лікарні, рапорт завідуючого ендоскопічним відділенням (витяг з рапорту: «На теперішній час в ендоскопічному відділенні склалась складна ситуація з проведенням лікувально-діагностичного процесу: понад 90% обладнання вичерпало ресурс і не забезпечує рівень лікувально-діагностичних маніпуляцій»). Також у рапорті згадується, що у відділенні проводиться понад 10 тис. досліджень за рік, внаслідок чого списуються апарати (гастроскоп – після 5 тис. досліджень, колоноскоп – 1,2 тис., бронхоскоп – 1 тис.), тому заміна зношених апаратів для досліджень у відділенні має проводитися 2–3 рази на рік, але востаннє обладнання купувалося в 2007 р.), оголошення про заплановану закупівлю, повідомлення про відміну торгів, оголошення про заплановану закупівлю, протокол про відміну торгів), наведені на підтвердження наявності умов застосування процедури закупівлі за п. 3 ч. 2 ст. 39 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 не містять належного обґрунтування нагальності потреби, неможливості уникнення неконкурентного відбору учасника й проведення процедури закупівлі, яка б забезпечувала конкурентний відбір учасників.

Зацікавленість викликає й висновок МЕРТУ № 3303-06/11828-12 від 04.04.2013, у якому надані замовником (комунальним підприємством «Бершадське житлово-комунальне господарство») документи для проведення закупівлі в одного учасника на підставі п. 3 ч. 2 ст. 39 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010 визнано такими, які підтверджують нагальну потребу закупівлі у зв'язку з виникненням особливих економічних чи

соціальних обставин, які унеможливають дотримання замовниками строків проведення конкурсних торгів. Одним із документів, наданих на обґрунтування, була довідка Служби наглядово-профілактичного обслуговування Бершадського району №139 від 01.03.2013, у якій вказувалося, що при зупинці роботи котельні міста Бершадь через відсутність кам'яного вугілля для постачання теплової енергії мешканцям міста зупиниться тепlopостачання для обігріву шкіл, дитячих садків, житлових будинків і організацій міста, що призведе до перевантаження електромереж, пошкодження електропідстанцій, відсутності води.

Однією з причин корупції фахівці визнають той факт, що недосконалість і суперечливість регуляторного й фіскального поля роблять практично нереальним виконання багатьох нормативних приписів, при цьому підкреслюючи, що значна частина нормативних актів із цією метою й створювалася¹⁵⁶. Зарубіжні науковці, досліджуючи формування середньовічного права, дійшли висновку: чим вищого рівня економічного життя досягло певне місто, тим вищим, з погляду юридичної техніки, виявлявся рівень міського права. Однак у цій ситуації помітна і зворотна тенденція: покращення технічного боку юридичних актів впливало на рівень інтенсифікації економічного життя, оскільки суб'єкти відносин відчували свою захищеність і зрозумілість «правил гри» у господарюванні¹⁵⁷.

Отже, *обставини, які підтверджують наявність умов застосування процедури закупівлі, можуть міститися в таких документах:*

(1) у нормативних актах загальної чи індивідуальної сфери дії, які ухвалюються уповноваженими органами на загальнодержавному, місцевому й локальному рівнях і визначають обов'язкові правила поведінки;

(2) у довідкових актах, які ухвалюються уповноваженими органами на загальнодержавному, місцевому й локальному рівнях і містять інформацію про події чи осіб рекомендаційного, консультативного характеру;

(3) у технічних актах як нормативного, так і експертного характеру, які містять математичні чи інші розрахунки, проектні, конструкторські чи стандартизаційні рішення, пра-

вила експлуатації, технічні паспорти певних об'єктів чи процесів;

(4) в експертних документах, що надаються фахівцями державного й приватного секторів, які мають наукові, технічні або інші спеціальні знання про предмет дослідження (бажано, щоб експертний висновок був наданий особою, яка не перебуває в службовій або іншій залежності від замовника чи учасника процедури закупівлі).

Предметом експертних висновків є аналіз, перевірка й оцінка науково-технічного рівня об'єктів експертизи і підготовка обґрунтованих висновків для прийняття рішень про такі об'єкти. Слід окремо зазначити, що належним обґрунтуванням обставин, визначених у п. 3 ч. 2 ст. 39 Закону України «Про здійснення державних закупівель» від 01.06.2010, будуть вважатися документи, надані суб'єктами господарського права, не пов'язаними із замовником.

Оскільки значна кількість корупційних зловживань у сфері закупівель пов'язана з визначенням замовниками предмета договору не відповідно до реальних потреб господарських організацій¹⁵⁸, слід нормативно закріпити обов'язок замовників включати в обґрунтування проведення кожної закупівлі таку інформацію:

(1) підставу розробки інформації про предмет закупівлі (на виконання державної програми, нормативно-правового акта тощо);

(2) необхідність у здійсненні закупівлі й мету, якої планується досягти; (3) оцінку впливу закупівлі на забезпечення потреби в товарах, роботах і послугах (прогноз наслідків проведення закупівлі).

Отже, нами було обґрунтовано й розроблено систему пропозицій до законодавства, спрямованих на ліквідацію основних дисфункцій господарсько-правового забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я, що є змістовим доповненням до попередніх монографічних праць цього циклу¹⁵⁹. Оцінюючи дієвість запропонованих нормативних засобів, поправку необхідно робити на те, що в умовах свідомої бездіяльності контролюючих органів навіть досконалий юридичний інструментарій не спроможний оптимізувати практику правозастосування.

¹⁵⁸ Олефір А. О. Господарсько-правове забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я: теоретичні та практичні аспекти: моногр. / А. О. Олефір. – Х.: Юрайт, 2012. – С. 22 – 25.

¹⁵⁹ Олефір А. О. Господарсько-правове забезпечення державних закупівель у сфері охорони здоров'я: теоретичні та практичні аспекти: моногр. / А. О. Олефір. – Х.: Юрайт, 2012. – 456 с.; Засоби та механізми господарсько-правового регулювання: кол. моногр. / Д. В. Задихайло, В. М. Пашков, В. С. Мілаш, О. Ю. Битяк та ін.; за наук. ред. Д. В. Задихайла. – Х.: Юрайт, 2013. – С. 273 – 317.

¹⁵⁶ Дарнопих Г. Ю. Проблеми розвитку підприємництва в умовах соціальної модернізації / Г. Ю. Дарнопих // Вісник Нац. ун-ту «Юрид. акад. України ім. Я. Мудрого». Серія: Економ. теорія та право. – 2012. – № 2 (9). – С. 36.

¹⁵⁷ Аннерс Э. История европейского права / Э. Аннерс; пер. со швед. – М.: Наука, 1994. – С. 143.