

ІНФОРМАЦІЙНА ДОВІДКА

*щодо спрощених закупівель під час
спалахів, епідемій та пандемій
коронавірусної хвороби (COVID-19)*

Мінекономіки як Уповноважений орган на офіційному сайті опублікувало лист від 30.09.2021 № №3304-04/47893-07 “Щодо закупівель, необхідних для боротьби з COVID-19”¹.

Цим листом Мінекономіки інформує, зокрема, що абзацом четвертим пункту 3¹ розділу Х “Прикінцеві та перехідні положення” Закону України “Про публічні закупівлі” (далі - Закон) регламентовано, що закупівля товарів (крім лікарських засобів, вакцин або інших медичних імунобіологічних препаратів, розхідних матеріалів для надання медичної допомоги хворим на COVID-19 та медичних виробів для вакцинації від COVID-19, медичного обладнання для закладів охорони здоров’я, що надають допомогу пацієнтам, хворим на COVID-19, систем постачання медичних газів) та послуг, необхідних для боротьби з COVID-19, здійснюється в порядку, встановленому Законом для спрощених закупівель.

Це положення Закону стосується закупівлі всіх інших необхідних товарів і послуг для боротьби з COVID-19, та не містить обмежень щодо вартості таких предметів закупівель. При цьому слід зазначити, що визначення товарів та послуг, які будуть закуповуватися шляхом застосування спрощених закупівель, здійснюється замовником самостійно, керуючись метою Закону та принципами, закріпленими у статті 5 Закону, не допускаючи зловживань щодо наданого права.

При цьому ані в зазначеному листі, ані в листах іншим суб'єктам в сфері закупівель не надано прямої відповіді стосовно дотримання пункт 28 частини першої статті 1 Закону, відповідно до якої спрощена закупівля це придбання замовником товарів, робіт і послуг, вартість яких дорівнює або перевищує 50 тисяч гривень та є меншою за вартість, що встановлена у пунктах 1 і 2 частини першої статті 3 цього Закону.

Стосовно твердження Мінекономіки “не містить обмежень щодо вартості таких предметів закупівель”.

У цій ситуації доцільно звернутися до такого поняття як “якість закону”. Дослідженню цього поняття присвячена стаття “Категорія “якість закону” як складова принципу верховенства права та гарантія застосування судом найбільш сприятливого для особи тлумачення закону” Яна Берназюка, судді Касаційного адміністративного суду у складі Верховного Суду (надалі Автор), яка розміщена на офіційному веб-порталі “Судова влада”².

1 <https://www.me.gov.ua/Files/Download?id=166aae9a-c405-481b-bacd-0847c42741e8>,
<https://infobox.prozorro.org/articles/shchodo-zakupivel-neobhidnih-dlya-borotbi-z-covid-19>

2 <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pres-centr/zmi/1011199/>

Автор з посиланням на відповідні документи Консультативної Ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи, Венеційської Комісії, ЄСПЛ, Верховного Суду (Україна) розкриває поняття “якість закону”.

Так, Автор, зокрема, посилається на практику Верховного Суду:

“У постанові від 29 серпня 2018 року у справі № 492/446/15-а (провадження № 11-611апп18) Велика Палата Верховного Суду, обґрунтовуючи необхідність відступу від позиції, викладеній у постанові Верховного Суду України від 17 вересня 2013 року у справі № 21-241а13, також врахувала правовий висновок ЄСПЛ, сформований у рішенні у справі “Щокін проти України” (заяви № 23759/03 та № 37943/06, п. 50-56), де Суд визначив концепцію якості закону, зокрема з вимогою, щоб він був доступним для заінтересованих осіб, чітким та передбачуваним у своєму застосуванні; відсутність у національному законодавстві необхідної чіткості й точності порушує вимогу «якості закону»; у разі коли національне законодавство припустило неоднозначне або множинне тлумачення прав та обов’язків осіб, національні органи зобов’язані застосувати найбільш сприятливий для осіб підхід.

Отже, відповідними критеріями, за якими визначається якість норми національного права, є такі: доступність норми права, що визначається можливістю фізичних та юридичних осіб, до яких вона звернена, ознайомитись зі змістом норми права; передбачуваність її застосування – має місце, якщо її формулювання є достатньо чіткими з урахуванням специфіки відповідних суспільних відносин, зокрема статусів їхніх учасників, щоб дати змогу учасникам суспільних відносин передбачити в розумних межах у світлі особливостей конкретних обставин наслідки, що може потягти за собою те чи інше їх діяння; наявність гарантій проти її свавільного застосування, тобто національне законодавство повинно давати приватним особам належне уявлення про обставини та умови, за яких представники влади мають повноваження вдатись до заходів, що зачіпають права приватних осіб (Бойко А. В. Якість правового регулювання відповідно до правових позицій Європейського Суду з прав людини. Вчені записки ТНУ імені В.І. Вернадського. Серія: юридичні науки. 2019. Том 30 (69) № 3. С. 7—12).”

У цьому листі Мінекономіки зазначає, що цей лист підготовлений “на численні звернення суб’єктів сфери публічних закупівель у зв’язку з набранням чинності Закону України від 01.07.2021 № 1599-IX “Про внесення зміни до розділу Х “Прикінцеві та перехідні положення” Закону України “Про публічні закупівлі” (далі – Закон № 1599)”. На сайті Мінекономіки щодо цього питання опубліковано декілька запитів: №1020/20213, №1036/2021 4, №1128/20215,

3 <https://me.gov.ua/InfoRez/Details?id=b07d032f-c3cc-4cc3-ac06-4e01a4fecf7&lang=uk-UA>

4 <https://www.me.gov.ua/InfoRez/Details?id=cbe9434a-8c71-4384-84f6-c4af63c2b8e6&lang=uk-UA>

5 <https://www.me.gov.ua/InfoRez/Details?id=dc1d2507-d758-4725-b662-8065fb650296&lang=uk-UA>

№1212/20216. Усі ці запити стосувалися вартісних обмежень під час проведення спрощених закупівель.

“Численні звернення суб’єктів сфери публічних закупівель”, про наявність яких зазначає само Мінекономіки, свідчать про невідповідність Закону № 1599 такому критерію як чіткість та передбачуваність у своєму застосуванні.

Абзац четвертий пункту 3¹ розділу X “Прикінцеві та перехідні положення” Закону дійсно не містить обмежень щодо вартості таких предметів закупівель при проведенні спрощеної закупівлі, але зазначена норма не містить і будь - які виключення застосування вартісних меж при проведенні зазначених закупівель.

З огляду на зазначене, складно визначитись чи застосовуються вартісні обмеження при проведенні спрощеної закупівлі чи ні, ураховуючи, що Закон не містить норми, що дозволяє здійснювати таку закупівлю поза вартісними межами, визначеними пунктами 1 і 2 частини першої статті 3 Закону.

Стосовно статусу роз'яснень Мінекономіки

Пунктом 12 частини першої статті 1 Закону України “Про публічні закупівлі” визначено: “інформаційний ресурс Уповноваженого органу - веб-сайт, наповнення якого здійснює Уповноважений орган та на якому надаються безоплатні консультації рекомендаційного характеру з питань публічних закупівель, доступ до якого здійснюється за допомогою мережі Інтернет”.

У самому Листі №3304-04/47893-07 поінформовано: “Одночасно зазначаємо, що листи Міністерства не встановлюють норм права, а мають виключно рекомендаційний та інформативний характер.”

Тому, замовники, при здійсненні закупівель товарів та послуг, визначених абзацом четвертим пункту 3¹ розділу X “Прикінцеві та перехідні положення” Закону, на свій власний розсуд мають приймати рішення: дотримуватись норми Закону щодо визначення вартісних меж предметів закупівель при проведенні спрощеної закупівлі чи ні.

Не зайвим буде замислитись про непередбачувані наслідки проведення спрощеної закупівлі поза вартісними межами (від 50 тис. грн. до 200 тис. грн.), визначеними Законом після припинення дії карантинних обмежень, заправджених для боротьби з COVID-19, та міру відповідальності за вчинення таких закупівель.

Практика проведення спрощених закупівель, необхідних для боротьби з COVID-19

У системі “Прозорро” вже опубліковано декілька таких спрощених закупівель. Як приклад можна навести:

Номер закупівлі Предмет закупівлі

Очікувана
вартість

UA-2021-08-20-011229-a	Легкові автомобілі (Спеціалізований санітарний транспорт (Тип С 4х4))	107 800 000,00
UA-2021-09-17-005424-b	Дезінфікуючі засоби	1 352 501,00
UA-2021-09-17-000998-b	Послуги з дезінфекції приміщень із застосуванням дезінфекційного засобу «Полідез». COVID-19	419 568,96
UA-2021-10-07-012746-b	Швидкі тести для виявлення антигену коронавірусу	252 750,00
UA-2021-10-07-000143-b	Послуги зі збирання, зберігання, перевезення та знешкодження медичних відходів категорії «В», інфікованих та потенційно інфікованих (в т.ч. відходи, що утворилися під час надання стаціонарної медичної допомоги пацієнтам, направленої на боротьбу з гострою респіраторною хворобою COVID-19)	252 000,00

Таким чином, деякі замовники, незважаючи на неоднозначність правової норми абзацу 4 пункту 3¹ розділу Х “Прикінцеві та перехідні положення” Закону, вирішили на свій розсуд провести спрощені закупівлі без врахування вартісних обмежень (від 50 тис. грн. до 200 тис. грн.), які визначені пунктом 28 частини першої статті 1 цього Закону.

З цього приводу варто звернути увагу на те, що у постанові Верховного Суду від 25 березня 2020 року по справі № 640/9124/197 зазначено:

“Європейським судом з прав людини у рішенні “Щокін проти України” (№ 23759/03 та № 37943/06) від 14 жовтня 2010 року визначено концепцію якості закону. Закон повинен бути доступним для зацікавлених осіб, чітким та передбачуваним у своєму застосуванні. Як зазначається в рішенні, відсутність в національному законодавстві необхідної чіткості і точності, порушує вимогу “якості закону”. В разі коли національне законодавство припустило неоднозначне або множинне тлумачення прав та обов’язків осіб, національні органи зобов’язані застосувати найбільш сприятливий для осіб підхід.”

З метою покращення “якості” Закону, Асоціація звернулася до Президента України з клопотанням виступити із законодавчою ініціативою щодо перегляду абзацу 4 пункту 3¹ розділу Х “Прикінцеві та перехідні положення” Закону з урахуванням пропозицій Асоціації, викласти його у новій редакції, а саме:

“Установити, що на період дії встановленого Кабінетом Міністрів України карантину, відповідно до Закону України "Про захист населення від інфекційних хвороб", закупівля товарів (крім лікарських засобів, вакцин або інших медичних імунобіологічних препаратів, розхідних матеріалів для надання медичної допомоги хворим на COVID-19 та медичних виробів для

вакцинації від COVID-19, медичного обладнання для закладів охорони здоров'я, що надають допомогу пацієнтам, хворим на COVID-19, систем постачання медичних газів) та послуг, необхідних для виконання заходів, спрямованих на запобігання виникненню і поширенню, локалізацію та ліквідацію спалахів, епідемій та пандемій коронавірусної хвороби (COVID-19), здійснюється в порядку, встановленому цим Законом для спрощених закупівель без застосування верхньої межі вартісних обмежень, передбачених пунктом 28 частини 1 статті 1 Закону України “Про публічні закупівлі”. Перелік таких товарів та послуг затверджуються Кабінетом Міністрів України.”

“Зважаючи на тривалість дії карантину, викликаного гострою респіраторною хворобою COVID-19, а також невизначений «горизонт» її продовження в Україні”⁸, маємо надію на те, що зазначені вище зміни будуть внесені хоча би до чергової дати продовження дії карантину.

Крім того, вважаємо за доцільне звернутися до Мінекономіки як Уповноваженого органу що здійснює регулювання та реалізує державну політику у сфері закупівель відповідно до частини першої статті 7 Закону з урахуванням статті 6 Закону України “Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності” з пропозицією про необхідність підготовки проекту Закону про внесення до нього зазначених змін з метою дотримання підпункту 5.4 пункту 5 рішення Конституційного Суду України від 22.09.2005 №5-рп/2005, яким суд вказав, що із конституційних принципів рівності і справедливості випливає вимога визначеності, ясності і недвозначності правової норми, оскільки інше не може забезпечити її однакове застосування, не виключає необмеженість трактування у правозастосовній

⁸ Цитата з Висновку на проект Закону України «Про внесення змін до розділу X «Прикінцеві і перехідні положення» Закону України «Про публічні закупівлі» (щодо виключення можливості здійснення закупівель без використання електронної системи закупівель)», <https://itd.rada.gov.ua/billInfo/Bills/pubFile/751760>