ДЕРЖАВНА РЕГУЛЯТОРНА СЛУЖБА УКРАЇНИ
вул. Арсенальна, 9/11 м. Київ 01011 тел. (044) 254-56-73, факс 254-43-93
e-mail: inform@dkrp.gov.ua

Від _____ №_____
на №_____від_____

Рішення №_____ від "_____"_____2017 р.
про відмову в погодженні проекту регуляторного акта

Державною регуляторною службою України (ДРС) відповідно до Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності» розглянуто проект Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про публічні закупівлі» (щодо удосконалення питань публічних закупівель)» (далі – проект Закону), а також документи, що надані до нього листом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 05.12.2017 № 3301-05/44576-03, з урахуванням протокольного рішення від 23.11.2017 р. (далі – Протокольне рішення), наданого листом Секретаріату Кабінету Міністрів України від 28.11.2017 № 47666/0/1-17.

За результатами розгляду проекту Закону та аналізу регуляторного впливу на відповідність вимогам статей 4, 5, 8 і 9 Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності»

встановлено:

проект Закону розроблено з метою: розширення застосування норм Закону в частині його дії, що стосується діяльності в окремих сферах господарювання, а також встановлення відповідальності за незастосування норм Закону; вдосконалення процедури оскарження із застосуванням електронної системи закупівель; усунення розбіжностей між нормативно-правовим регулюванням порядку здійснення публічних закупівель через електронну систему закупівель та її технічною реалізацією.

За інформацією Мінекономрозвитку, проект Закону надано на погодження з метою виконання протокольного рішення, прийнятого на засіданні Урядового комітету з питань економічної, фінансової та правової політики, розвитку паливно-енергетичного комплексу, інфраструктури, оборонної та правоохоронної діяльності 16 листопада 2017 року, та за результатами узгоджувальної наради, проведеної 23 листопада 2017 року під головуванням Державного секретаря Кабінету Міністрів України, щодо врегулювання проблемних питань та застережень, висловлених на засіданні Урядового комітету стосовно проекту Закону України «Про внесення змін до

Державна регуляторна служба України
ВИХ №11534/0/20-17 від 21.12.2017
Мисько Володимир Іванович

Закону України «Про публічні закупівлі» та деяких законодавчих актів України щодо удосконалення питань публічних закупівель».

Однак, проект Закону не може бути погодженим, оскільки запропонована редакція законопроекту суперечить принципам державної регуляторної політики, а також не відповідає досягнутим домовленостям на нараді 23.11.2017 року та окремим пунктам Протокольного рішення.

1. Так, пунктом 2 Протокольного рішення визначено, що Мінекономрозвитку необхідно доопрацювати законопроект та матеріали до нього з урахуванням домовленостей, досягнутих на нараді, зокрема щодо врахування:

підписання Президентом України змін до Кодексу адміністративного судочинства, прийняття Закону України «Про ринок електричної енергії» та прийняття в першому читанні проекту Закону «Про внесення змін до Закону України «Про публічні закупівлі» та деяких інших законів України щодо здійснення моніторингу закупівель» (№4738-д);

Так, Законопроектом № 4738-д передбачається зміна визначення моніторингу закупівель, як «спостережної функції», на визначення моніторингу закупівлі у вигляді «попереднього контролю», під час якого орган державного фінансового контролю повідомлятиме замовника про порушення, що ним допускаються під час проведення закупівлі.

У законопроекті № 4738-д передбачено запровадження:

автоматичних індикаторів ризиків, що забезпечить можливість автоматично здійснювати вибір процедури закупівля, що містить ознаки порушень законодавства у сфері закупівель;

вичерпного переліку підстав для проведення моніторингу закупівель, що дозволить врегулювати питання повноважень органу державного фінансового контролю щодо прийняття рішення про початок моніторингу закупівлі за наявності однієї або декількох таких підстав;

обов'язкової публікації інформації в електронній системі закупівель про початок і закінчення моніторингу, про результати його проведення, про обмін інформацією між органом державного фінансового контролю та замовником на всіх етапах проведення моніторингу;

принципу не втручання контролюючого органу у процес проведення закупівель, що сприятиме не затягуванню процесу закупівлі;

чіткого розподілу функцій органів влади уповноважених на здійснення контролю у сфері публічних закупівель.

Ознаки порушень згідно законопроекту пропонується виявляти на підставі:

а) даних автоматичних індикаторів ризиків,

б) інформації отриманої від органів влади;

в) повідомлень у засобах масової інформації;

г) виявлених органом державного фінансового контролю ознак порушень законодавства в електронній системі закупівель.

Виявлені порушення пропонується оформляти у висновку, який має бути оприлюднений в електронній системі закупівель разом із описом порушень та

із зобов'язанням щодо їх усунення. При цьому, замовник у разі незгоди з висновком має право звернутися за роз'ясненням до органу державного фінансового контролю або оскаржити висновок до суду.

З метою стимулювання замовника дослухатися до висновків органу державного фінансового контролю та добровільно усунути виявлені порушення, законопроектом передбачено, що у разі виправлення замовником порушень, викладених у висновку, службова (посадова) особа замовника не притягатиметься до адміністративної відповідальності за порушення законодавства у сфері закупівель.

Крім того, у разі розгляду скарги органом оскарження або в судовому порядку моніторинг з оскаржуваних питань не проводиться, чим повністю усувається дублювання функцій органів Державної аудиторської служби України та Антимонопольного комітету України.

Проте, в проекті Закону Мінекономрозвитку не враховані відповідні положення законопроекту № 4738-д, оскільки пропонується в статті 5 Закон України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні» встановити, що контроль за дотриманням законодавства у сфері закупівель здійснюється шляхом проведення перевірки закупівель, а також під час державного фінансового аудиту та інспектування.

Перевірка закупівель у замовників проводиться за місцезнаходження юридичної особи, що перевіряється, чи за місцем розташування об'єкта права власності, стосовно якого проводиться перевірка, і полягає у документальному та фактичному аналізі дотримання підконтрольною установою законодавства у сфері закупівель. Результати перевірки закупівель викладаються в акті перевірки закупівель.

У даному випадку, замість передбаченого законопроектом №4738-д та домовленостей на нараді 23.11.2017 *застосування механізму моніторингу закупівель*, з прийняттям проекту Закону може скластися ситуація, за якої уповноважений орган матиме право контролювати закупівлі товарів, робіт, послуг, які пов'язані із забезпеченням організаційної роботи великих та середніх суб'єктів господарювання на ринку природного газу та електричної енергії, та які заплановано придбати не за бюджетні кошти, але з перевищенням базових порогових значень, установлених Законом України «Про публічні закупівлі».

Зазначене *призведе до зайвого навантаження на відповідне підприємницьке середовище, відбуватиметься постійне втручання з боку контролюючих органів у процес ведення господарської діяльності підприємств, дублюватиметься застосування контролюючих заходів з боку відповідних державних органів за операційною діяльність підприємств.*

2. Проектом Закону запропоновано встановити відповідальність замовників, які здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання та займають монопольне (домінуюче) становище на відповідних ринках за незастосування положень Закону у вигляді накладення штрафу розміром 20 відсотків від суми договору про закупівлю укладеного без застосування

процедур закупівель передбачених Законом (зміни до статті 38 Закону України «Про публічні закупівлі»).

За інформацією розробника, зазначений вид відповідальності запропоновано встановити для зменшення корупційних та неконкурентних ризиків під час здійснення закупівель товарів, робіт та послуг, виходячи з аналогічної практики суміжного законодавства.

Однак, у контексті положень наданого АРВ, розробником *не надано інформації щодо існування проблеми*, на вирішення якої запропоновано застосовувати відповідні штрафні санкції, не аргументовано доцільність використання штрафу саме у запропонованому ним розмірі, що, в свою чергу, не дозволяє встановити ефективність запропонованих положень на практиці, дослідити співмірність причинно-наслідкового зв'язку при притягненні до відповідальності у запропонований проектом Закону спосіб та негативних наслідків правопорушення, а також підтвердити доцільність застосування даного механізму державного регулювання при попередженні відповідних злочинів.

Слід звернути увагу, що розміри штрафів мають відповідати принципам справедливості, пропорційності та доцільності юридичної відповідальності, тобто міри відповідальності, а також підстави та порядок її пом'якшення та звільнення від відповідальності мають відповідати меті попередження правопорушень.

Метою адміністративно-господарського покарання є переконання учасників ринку, що дотримання вимог закону є більш вигідним, ніж їх порушення, а не нарахування йому таких штрафних санкцій, які примусять його взагалі відмовитися від подальшої діяльності у сфері публічних закупівель.

Відповідно, адміністративно-господарський штраф має носити карально-превентивний характер, а не фіскальний, і в першу чергу, це має відобразитись на його найважливішій властивості - розмірі штрафу, логіка визначення якого має бути обґрунтованою та зрозумілою для всіх учасників правовідносин.

З огляду на викладене, запропоновані проектом Закону зміни в частині встановлення відповідальності замовників, які здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання та займають монопольне (домінуюче) становище на відповідних ринках, *обов'язково повинні бути належним чином аргументовані у розділі V АРВ «Механізми та заходи, які забезпечать розв'язання визначеної проблеми»*.

Також, звертаємо увагу, що інший підхід застосовано в Директиві Ради №92/13/ЄС від 25 лютого 1992 року про узгодження законів, нормативно-правових актів та адміністративних положень, які стосуються застосування правил Співтовариства щодо здійснення закупівельних процедур установами, які працюють у сферах водопостачання, енергетики, транспорту та телекомунікацій.

Так, у статті 2е Директиви наголошується, що у випадку порушення, договір визнається нікчемним або застосовуються альтернативні санкції (зокрема, у вигляді накладення на замовника штрафу, скорочення терміну дії

договору). Тобто, можливість одночасного визнання договору недійсним та накладення штрафу на замовника за порушення, допущені при його укладенні, не допускається.

Разом з тим, саме така ситуація – можливість визнання недійсним договору про закупівлю та одночасного застосування до замовника штрафних санкцій – матиме місце у випадку прийняття запропонованих законопроектом змін. Оскільки, на сьогоднішній день згідно вимог чинного законодавства та усталеної судової практики наслідком укладення договору про закупівлю з порушенням вимог законодавства є визнання такого договору недійсним.

3. Пропонованими законопроектом змінами до статті 2 Закону України «Про публічні закупівлі» передбачається знизити вартісні межі предмета закупівлі товару (товарів), послуги (послуг) з 1 млн.грн. до 600тис.грн., а робіт – з 5 млн.грн. до 1млн.грн. для замовників, які здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання, тим самим встановивши обов'язок таких суб'єктів у межах зазначених вартостей предмета закупівлі застосовувати вимоги відповідного Закону.

Однак, беручи до уваги специфіку функціонування ринків природного газу та електричної енергії України, заснованих на принципах вільної конкуренції, які складаються загалом з великих та середніх підприємства (в тому числі приватної форми власності), а також враховуючи вартість газового та електротехнічного обладнання як товарів високого цінового сегменту на ринку товарів, може виникнути ситуація, за якої дані підприємства будуть змушені застосовувати вимоги Закону України «Про публічні закупівлі», в тому числі під час здійснення закупівель, не пов'язаних з купівлею газу чи електроенергії як товару на даному ринку, а виключно задля вирішення організаційних питань діяльності даних підприємств.

Таким чином, після прийняття відповідного проекту Закону, під контрольовані операції відповідно до вимог Закону України «Про публічні закупівлі» може підпасти, наприклад, закупівля енергоємного спеціалізованого технологічного обладнання, що було виведено з ладу в результаті аварії чи вандальних дій (крадіжки), в результаті чого залишилися без газу чи електроенергії цілі територіальні одиниці (селища, міста, райони), яке має в оперативному режимі бути відновленим. Наприклад, вихід з ладу чи крадіжка силового трансформатору 35/10кВ. При цьому, слід наголосити, що дане обладнання буде купуватися відповідними суб'єктами господарювання приватної форми власності, не за бюджетні кошти, що, в свою чергу, з боку даних суб'єктів може трактуватися як намагання держави встановити надмірний контроль за процесом ведення ними своєї господарської діяльності.

З огляду на викладене, розробнику проекту Закону необхідно аргументувати необхідність внесення вищезазначених змін до Закону України «Про публічні закупівлі», а також, враховуючи предмет закупівлі в окремих сферах господарювання – *обґрунтувати доцільність* застосування запропонованих вартісних меж предмету закупівлі товарів, робіт послуг відповідними замовниками.

4. Проектом Закону запропоновано доповнити пункт 9 ч.1 ст.1 абзацом наступного змісту: «діяльність здійснюється на основі цін (тарифів), які встановлені національною комісією, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг».

Наведену ознаку запропоновано закріпити в Законі як одну з основних підстав для віднесення суб'єктів господарювання до категорії замовників у розумінні Закону України «Про публічні закупівлі».

Разом з тим, слід зазначити, що зміни до законодавства України у сфері публічних закупівель вносяться відповідно до Стратегії реформування системи публічних закупівель («дорожньої карти»), схваленої розпорядженням КМ України від 24.02.2016р. № 175-р. Стратегія передбачає реалізацію відповідного плану заходів з метою:

- виконання Україною зобов'язань у сфері публічних закупівель, що випливають з Угоди про асоціацію (гл.8 р. IV та додатка XXI) та Угоди СОТ про державні закупівлі (1994 року);

- приведення законодавства України у відповідність з вимогами Директиви 2014/24/EU, Директиви 2014/25/EU Європейського парламенту і Ради ЄС та Угоди СОТ про державні закупівлі (тобто, фактично йде мова про закріплення у законодавстві України відповідних положень Директив та Угоди СОТ про державні закупівлі).

Проте, запропоновані зміни суперечать Директиві 2014/25/ЄС, яка регламентує питання щодо здійснення закупівель організаціями, що працюють у водогосподарському, енергетичному, транспортному секторах та секторі поштових послуг, а також Угоді СОТ про державні закупівлі, оскільки встановлюють зовсім інші критерії для віднесення суб'єктів господарювання, що надають послуги економічної інфраструктури, до тієї категорії замовників, які повинні проводити свої закупівлі публічно.

Ніякої прив'язки діяльності суб'єктів господарювання, які надають послуги економічної інфраструктури, до встановлених органом державного регулювання цін/тарифів (як підстави віднесення таких суб'єктів до категорії «замовників») зазначені акти не містять.

Натомість, п.9 ч.1 ст.1 Закону України «Про публічні закупівлі» у чинній редакції повністю відповідає статті 4 Директиви 2014/25/ЄС, та додатку 3 Умов приєднання України до Угоди СОТ про державні закупівлі.

В контексті вищевказаного зазначаємо, що проект Закону потребує доопрацювання, з урахуванням наданих зауважень, та надання відповідних обґрунтувань, зокрема, доведення факту неможливості вирішення наявної проблеми за допомогою інших альтернативних способів, а також забезпечення максимально можливих позитивних результатів від дії цього акта за рахунок мінімально необхідних витрат ресурсів суб'єктів господарювання, громадян та держави, насамперед шляхом приведення Аналізу регуляторного впливу до проекту Закону у відповідність до вимог Методики проведення аналізу впливу регуляторного акта.

Таким чином, розробку проекту Закону здійснено з порушенням принципів державної регуляторної політики доцільності, адекватності, ефективності та збалансованості, визначених статтею 4 Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності», а також вимог статті 8 в частинні підготовки АРВ з урахуванням вимог Методики проведення аналізу регуляторного впливу, затвердженої постановою Кабінету Міністрів України від 11.03.2004 № 308.

Ураховуючи вищенаведене, керуючись частиною четвертою статті 21 Закону України «Про засади державної регуляторної політики у сфері господарської діяльності», Державною регуляторною службою України

вирішено:

відмовити в погодженні проекту Закону України «Про внесення змін до Закону України «Про публічні закупівлі» (щодо удосконалення питань публічних закупівель)».

Голова Державної
регуляторної служби України **К. М. Ляпіна**

Мисько В.І.
т. 254-52-21