


<https://doi.org/10.15407/econlaw.2020.01.009>

УДК 346.54

В.К. МАЛОЛІТНЕВА, канд. юрид. наук, учений секретар

Інститут економіко-правових досліджень імені В.К. Макутова НАН України, м. Київ, Україна

 [orcid.org/0000-0001-9678-1750](https://orcid.org/0000-0001-9678-1750)

## ПРАВОВЕ РЕГУЛЮВАННЯ СОЦІАЛЬНО ВІДПОВІДАЛЬНИХ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ: ТРАНСФОРМАЦІЇ ПІД ВПЛИВОМ ЦІЛЕЙ СТАЛОГО РОЗВИТКУ

**Ключові слова:** публічні закупівлі, соціально відповідальні публічні закупівлі, конкуренція, сталий розвиток.

*Досліджено вплив процесів забезпечення сталого розвитку на правове регулювання соціально відповідальних публічних закупівель. Відзначено, що у контексті нових викликів, які постали перед світом, публічні закупівлі зазнають змін шляхом появи більшої кількості «зовнішніх» вимог, зокрема у сфері соціального захисту, прав людини та працівників, які не є притаманними для закупівельного процесу, а спрямовані переважно на досягнення цілей інших напрямів державної політики. Доведено, що не всі соціальні вимоги є «зовнішніми» по відношенню до закупівельного процесу і спрямовані переважно на забезпечення рівних умов участі у закупівлі та конкуренції. Визначено умови, за яких соціальні вимоги у закупівлях можна вважати «зовнішніми» по відношенню до закупівельного процесу. Виявлено особливості розвитку соціально відповідальних публічних закупівель в Україні, які набувають поступового поширення.*

**Вступ.** Глобальні процеси забезпечення сталого розвитку справляють значний вплив на всі сфери життя, що не оминуло і правове регулювання відносин у сфері публічних закупівель, яке зазнає істотних змін. Відбувається потужна трансформація у спрямованості такого регулювання, яке вже більше не має на меті забезпечувати лише закупівлю товарів, робіт та послуг на найкращих умовах, що, як правило, передбачає придбання товарів, робіт та послуг найвищої якості за найменшу ціну. Під впливом Цілей сталого розвитку збільшується кількість зобов'язань щодо забезпечення відповідності вимогам, які традиційно не притаманні закупівельному процесу. Особливого поширення набувають соціальні вимоги у сфері охорони прав людини, працівників і соціального захисту. Соціальна складова у сталих публічних закупівлях тривалий час залишалась слабкою, її ігнорували на користь екологічної та економічної. Утім, її важливість усе більше визнають і державний, і приватний сектори економіки. Суб'єкти господарювання почали докладати зусиль до дотримання соціальних зобов'язань із метою посилення своєї конкурентоспроможності. Однак у цьому контексті важливо встановити, чи всі соціальні вимоги

Цитування: Малолітнева В.К. Правове регулювання соціально відповідальних публічних закупівель: трансформації під впливом цілей сталого розвитку. *Економіка та право*. 2020, № 1. С. 9—18. <https://doi.org/10.15407/econlaw.2020.01.009>

є «зовнішніми» по відношенню до закупівельного процесу; який вплив на правове регулювання соціально відповідальних закупівель в Україні справляють Цілі сталого розвитку; чи можуть публічні закупівлі бути ефективним механізмом реалізації соціальних цілей; які це має наслідки для суб'єктів господарювання — учасників публічних закупівель. Це і є **метою** даного дослідження.

**Аналіз останніх досліджень і публікацій.** Питання трансформацій у розвитку та правовому регулюванні соціально відповідальних закупівель під впливом нових викликів, які постали перед світом, залишаються мало дослідженими в Україні. Серед вітчизняних робіт, присвячених деяким аспектам соціально відповідальних закупівель, треба відзначити дослідження Г. Герасименко [1, с. 5—13]. Однак, тенденції до використання публічних закупівель як засобу державного регулювання економіки під впливом реалізації Цілей сталого розвитку та інтеграції більшої кількості вимог, які не є властивими для закупівель, створюють певні труднощі, особливо для суб'єктів господарювання, які можуть бути усунуті з ринку публічних закупівель у разі невідповідності таким вимогам. У роботі розглянуто переважно досвід країн Європейського Союзу (ЄС), що зумовлено недостатністю практики та правової основи для здійснення соціально відповідальних закупівель в Україні, і тим, що вітчизняне законодавство зазнає поступових змін саме під впливом вимог ЄС у межах Угоди про асоціацію.

**Результати дослідження.** Правове регулювання відносин у сфері публічних закупівель полягає у забезпеченні економічної ефективності, тобто досягненні найкращого результату за наявних ресурсів, що передбачає співвідношення ціни та якості. Для реалізації даної цілі під час закупівель встановлюються вимоги, які можна розділити на дві групи. По-перше, «внутрішні» вимоги, які регулюють закупівельний процес і прямо пов'язані з ним, а також є притаманними самому процесу закупівлі товарів, робіт та послуг. Наприклад, вимоги щодо забезпечення прозорості шляхом обов'язкового оприлюднення оголошення про закупівлю, різних звітів за її результатами, передбачають попередження корупційних проявів під час закупівлі. Вони властиві закупівельному процесу, адже корупція безпосередньо впливає на нього та його результати і може

призвести до усунення добросовісних суб'єктів господарювання від участі у закупівлі або збільшення ціни закупівлі, оскільки не було обрано належного учасника закупівлі чи придбано товари за цінами вище, ніж були б досягнуті за наявності конкуренції.

По-друге, регулювання у сфері публічних закупівель полягає у забезпеченні відповідності «зовнішнім» вимогам, які не властиві закупівельному процесу, що передбачає вже так звану інструменталізацію закупівель як засобу реалізації зовнішніх цілей, прямо не пов'язаних із процесом закупівлі. Такі вимоги можуть висуватись на будь-яких етапах закупівлі, починаючи з етапу відбору учасників. Наприклад, нова редакція Закону України «Про публічні закупівлі», зокрема п. 12 ч. 1 ст. 16, передбачає серед підстав, на основі яких замовник вирішує відмовити учаснику в участі у процедурі закупівлі та відхиляє тендерну пропозицію, притягнення згідно із законом службової (посадової) особи учасника процедури закупівлі, яку уповноважено представляти його інтереси під час проведення процедури закупівлі, фізичної особи, яка є учасником, до відповідальності за вчинення правопорушення, пов'язаного з використанням дитячої праці чи будь-якими формами торгівлі людьми. Згідно з новою редакцією Закону України «Про публічні закупівлі» учасники, передовсім переможці, повинні будуть надавати довідку про те, що до такої відповідальності їх не притягували. Відповідно до Постанови Кабінету Міністрів України від 18.04.2012 № 303 в Україні має функціонувати Єдиний державний реєстр злочинів торгівлі людьми, держателем якого є Міністерство внутрішніх справ України. Тобто наразі під час здійснення публічних закупівель має забезпечуватись відповідність та дотримання правил не лише самого закупівельного процесу, але і «зовнішніх», не спрямованих на покращення та організацію закупівель, які використовують як засіб для їх реалізації.

Вважається, що кількість таких «зовнішніх» вимог по відношенню до закупівельного процесу зростає, що пов'язано із різними цілями державної політики. Наприклад, деякі дослідники вважають «зовнішніми» вимоги щодо відсутності боргів у сплаті податків та обов'язкових платежів на етапі ухвалення рішення щодо участі суб'єкта господарювання у процедурі закупівлі [2, с. 246]. Але, погодитись із

такою позицією важко. Згідно з п. 13 ч. 1 ст. 17 нової редакції Закону України «Про публічні закупівлі» замовник ухвалює рішення про відмову учаснику в участі у процедурі закупівлі та зобов'язаний відхилити тендерну пропозицію у разі, якщо учасник має заборгованість зі сплати податків і зборів (обов'язкових платежів), окрім випадку, якщо такий учасник здійснив заходи щодо розстрочки і відстрочення такої заборгованості у порядку, визначеному законодавством країни реєстрації такого учасника. Така вимога щодо сплати податків і соціальних платежів спрямована в основному не на забезпечення відповідності «зовнішнім» цілям, які не властиві процесу закупівлі, а на дотримання чесних правил і добросовісної конкуренції. Як зазначено в окремій думці Генерального адвоката у справі Суду ЄС С-226/04-С-228/04 [3], такі підстави для відмови учасникам в участі у закупівлі зумовлені не лише необхідністю гарантування їхньої платоспроможності, але й метою недопущення того, щоб вони отримали нечесну перевагу у порівнянні зі своїми конкурентами шляхом несплати податків і зборів. Тобто така підстава є виправданою через ризик того, що конкуренти втратять рівні можливості для участі у закупівлі. А принцип, що учасники повинні мати рівне ставлення, лежить в основі законодавства про публічні закупівлі. Серед прикладів підстав для відмови учаснику в участі та відхилення тендерної пропозиції, передбачених ст. 17 Закону України «Про публічні закупівлі» і не приналежних до «зовнішніх» вимог, є властиві завданню укласти договір про закупівлю: учасник процедури визнаний у встановленому законом порядку банкрутом і стосовно нього відкрита ліквідаційна процедура; суб'єкт господарювання протягом останніх трьох років був притягнутий до відповідальності за порушення у вигляді вчинення антиконкурентних узгоджених дій, що стосуються спотворення результатів тендерів. Такі підстави можуть бути деякою мірою пов'язані із зовнішніми цілями, однак дійсно мають внутрішню функцію у визначенні того, який учасник здатний виконати договір про закупівлю, а участь якого у закупівлі може створювати певні ризики.

Треба наголосити, що нині у світі спостерігається тенденція до широкої інтеграції із закупівельним процесом саме «зовнішніх» ви-

мог, пов'язаних із охороною прав людини, трудових прав і соціального захисту. Як правило, цей процес охоплює поняття «соціально відповідальних публічних закупівель» [4, с. 293]. Наприклад, ст. 56 Директиви ЄС 2014/24 про публічні закупівлі передбачає право замовника не укладати договір з учасником, який подав економічно найвигіднішу тендерну пропозицію, якщо ним було встановлено, що вона не відповідає зобов'язанням, визначеним у ч. 2 ст. 18. У свою чергу, ч. 2 ст. 18 передбачає, що країни — члени ЄС під час виконання договорів про закупівлю мають вживати заходів з метою забезпечення відповідності вимогам, визначеним національним законодавством, нормативно-правовими актами ЄС, колективними угодами, міжнародними документами, наведеним у додатку до Директиви у сфері охорони навколишнього середовища, соціального захисту та трудових прав, наприклад Конвенції Міжнародної організації праці № 29 щодо примусової праці або № 138 щодо мінімального віку для прийому на роботу та ін. На перший погляд може здатися, що трудові права безпосередньо не стосуються закупівельного процесу. Деякі фахівці стверджують, що ця норма закріплює ряд «зовнішніх» цілей, які намагаються реалізувати за допомогою закупівель. Наприклад, С. Арроусміт вважає, що таким чином держава просто посилює свою роль «як стандарт та приклад і намагається попередити асоціації держави з незаконною поведінкою» [5]. Крім того, С. Арроусміт зазначає, що таким чином надається додатковий засіб забезпечення виконання вимог законодавства у цих сферах. Однак вважається, що вимоги щодо забезпечення відповідності законодавству у сфері прав людини, охорони праці та соціального захисту є «внутрішніми» і притаманними закупівельному процесу, зокрема його цілі — ефективне та раціональне використання державних коштів шляхом закупівлі товару найвищої якості за найменшу ціну. Як правило, дана мета досягається за рахунок конкуренції на ринку. Згідно з преамбулою Закону України «Про публічні закупівлі» одна з цілей цього Закону передбачає створення конкурентного середовища у сфері публічних закупівель. Якщо суб'єкт господарювання не дотримується вимог трудового законодавства, то він отримує нечесну конкурентну перевагу, усуваючи з ринку добросо-

вісних учасників. Важливість дотримання базових трудових стандартів у публічних закупівлях підтверджена прикладом умов праці на китайських фабриках, які виробляли товари для багатьох країн. Умови праці були настільки важкими, що 17 робітників намагалися вчинити самогубство протягом восьми місяців. Один працівник працював 286 годин на місяць, перед тим як помер, що далеко перевищує встановлену законом межу 36 годин понаднормової роботи. Інший приклад — фабрика у Народній Республіці Бангладеш, яка виробляла одяг для військових магазинів США, де третину робочої сили становили діти [5]. Така ситуація надає неправомірну конкурентну перевагу постачальнику, який досягає її за рахунок порушення трудових прав, економії на забезпеченні належних умов праці, заробітної плати тощо. Саме тому в умовах значної конкуренції у публічних закупівлях з'являється значна кількість вимог у сфері охорони прав людини, працівника та соціального захисту.

Це саме стосується стадії оцінки тендерних пропозицій. Згідно зі ст. 69 Директиви ЄС 2014/24 замовник повинен відхилити аномально низьку цінову тендерну пропозицію у разі порушень зобов'язань, передбачених ч. 2 ст. 18 Директиви. Деякі автори вважають це теж сприяттям досягненню «зовнішніх» цілей, не притаманних закупівельному процесу [2, с. 249]. Утім, держава-експортер може отримати нечесну перевагу, застосовуючи дуже низьку заробітну плату, тяжкі умови праці, тим самим знижуючи ринкову вартість трудового компоненту товарів та послуг. Наслідком цього може стати ущемлення прав працівників із можливим скороченням робочих місць у державі-імпортері та погіршення умов праці. Такий феномен отримав назву соціального демпінгу [6, с. 130]. Чесні учасники втрачають інтерес і мотивацію брати участь у таких закупівлях, рівень конкуренції зменшується, через що збільшуються ціни. Крім того, вимога ч. 2 ст. 18 щодо забезпечення виконання договору відповідно до вимог законодавства у сфері охорони навколишнього середовища та соціального захисту, трудових прав закріплена у статті під назвою «принципи закупівель», у ч. 1 якої розкрито сутність саме принципу конкуренції, як основоположного принципу у сфері закупівель.

Деякі країни вже запровадили відповідні засоби боротьби із соціальним демпінгом під час публічних закупівель. Королівство Норвегія наголошує на необхідності боротьби із соціальним демпінгом, що передбачає випадки, коли зарубіжні постачальники порушують вимоги у сфері охорони здоров'я, навколишнього середовища та охорони праці, пропонують оплату праці, що є значно меншою у порівнянні з тією, яку отримують норвезькі працівники [7]. Наприклад, параграф 6 Закону Норвегії про публічні закупівлі, присвячений питанню виплати заробітної плати під час виконання договору про закупівлю, закріплює право замовників встановлювати вимогу щоб розмір заробітної плати був не меншим за той, який передбачено чинними положеннями про колективні договори у відповідних секторах економіки [8]. Ця норма покликана мотивувати замовників боротись із соціальним демпінгом шляхом установа вимог щодо оплати та умов праці, а також перевіряти постачальників та субпідрядників на предмет відповідності таким вимогам протягом виконання договору про закупівлю. Договір має передбачати санкції за порушення таких вимог. Норвезька інспекція праці є відповідальною за перевірку відповідності положенням про оплату праці у договорах про закупівлю. Навіть як рекомендації для замовників розроблено модельні положення до договору про закупівлю, що стосуються оплати праці. Крім того, у Норвегії існує перелік категорій товарів, для яких є характерним та зафіксованим систематичне порушення прав людини та працівників, наприклад із залученням примусової праці, небезпечних умов праці, дискримінації тощо [9]. Цей перелік не є вичерпним і постійно оновлюється. До таких товарів належать кава, чай, будівельні матеріали, меблі, текстиль, іграшки, електроніка, хірургічні інструменти тощо. Коли закуповують товари з трудомістким виробництвом, які не входять до такого переліку, замовнику рекомендується провести консультації з експертними організаціями та дослідження щодо стану умов праці на виробництві. Подібна система переліку товарів, процес виробництва яких є уразливим до порушення прав працівників, діє відповідно у землях Берлін, Бремен та Гамбург у Німеччині, що тягне за собою підвищену увагу до відповідності стандартам, визначе-

ним у Конвенціях Міжнародної організації праці [10].

Соціальні вимоги стали відігравати більшу роль у контексті чесної конкуренції, отже вони є «внутрішніми» по відношенню до закупівельного процесу. Посилення вимог спрямоване саме на забезпечення рівних умов, щоб суб'єкти господарювання змагалися за критеріями якості та іншими перевагами товарів і рішень. Вони можуть сприяти досягненню цілей сталого розвитку більш опосередковано, не визначаючи це основною метою. Як правило, такі вимоги встановлюють негативні зобов'язання — не дискримінувати та не порушувати, тобто утримуватись від вчинення певних дій.

Але варто зазначити, що вимоги у сфері захисту прав людини та працівників можуть бути спрямовані на досягнення «зовнішніх», не притаманних закупівельному процесу цілей. Водночас вони є «зовнішніми» за дотримання розглянутих нижче умов.

**У разі, коли соціальні вимоги визначені як позитивні зобов'язання**, тобто коли є необхідність вчинити певні дії, а не просто забезпечити відповідність вимогам законодавства. Наприклад, нові Директиви ЄС у сфері публічних закупівель 2014 р. дозволяють включати спеціальні умови щодо забезпечення зайнятості та соціального захисту до договору про закупівлю за умови забезпечення їх пов'язаності з предметом закупівлі. Головною умовою застосування таких вимог у договорі є повідомлення про них під час оголошення про закупівлю, для того, щоб учасник одразу розумів, чи може він їх виконати у разі своєї перемоги. Таке положення — важливий етап розвитку соціально відповідальних публічних закупівель, адже укладення договору більше не буде залежати лише від ціни, якщо учасник бере на себе зобов'язання досягти соціальні цілі. Це положення може передбачати два варіанти його реалізації.

1. Воно може надати додаткову можливість замовникам для перевірки на відповідність вимогам законодавства, і цим самим забезпечити чесну конкуренцію. В Україні деякі замовники також передбачають подібні умови договору. Наприклад, у договорі про закупівлю було передбачено зобов'язання забезпечити: дотримання працівниками виконавця (субпідрядника) чинних нормативних актів з охорони праці, а також правил трудового розпорядку

(за їх наявності); контроль щодо дотримання працівниками виконавця (субпідрядника) чинних вимог нормативної документації з охорони праці; наявність у працівників виконавця (субпідрядника) належного спецодягу та засобів індивідуального захисту [11]. У даному випадку вимоги є «внутрішніми» та притаманними закупівельному процесу, адже спрямовані на забезпечення чесних умов для участі у закупівлі. Тобто такі положення не створюють додаткових зобов'язань як таких.

2. Це положення надає замовнику нову підставу для закріплення умов договору, спрямованих на досягнення «зовнішніх» по відношенню до закупівель цілей. Наприклад, у Королівстві Данія замовники, зокрема централізовані закупівельні організації та місцеві органи влади, мають дотримуватися принципу «забезпечуй відповідність або поясни», який зобов'язує замовників застосовувати соціальні вимоги щодо навчання, підвищення кваліфікації та стажування у закупівлях у певних сферах, зокрема під час реалізації проєктів з будівництва, наприклад лікарень, інфраструктури міста та ін., або мають пояснити, чому вони відступають від такого зобов'язання [12, с. 337]. У Законі про публічні закупівлі Фінляндської Республіки передбачено право замовника встановлювати серед критеріїв оцінки пропозицій критерій, який має відношення до соціальних аспектів, у тому числі умови виконання договору про закупівлю, які включають соціальні питання та вимоги щодо працевлаштування [13]. Такі умови договору можуть передбачати, наприклад, працевлаштування людей з обмеженими можливостями, молодих фахівців та іммігрантів [14, с. 350]. 2017 року Транспортна адміністрація Королівства Швеція розробила інструкцію щодо встановлення особливих умов договору закупівлі з метою створення робочих місць. Згідно з цим документом цільовою групою осіб, проблемами зайнятості яких планується вирішити, є безробітні, зареєстровані у службі зайнятості; особи, які мають пройти стажування чи підвищення кваліфікації відповідно до угоди про навчання або направлення службою зайнятості; особи, які обіймають посаду, що не відповідає їхньому досвіду або кваліфікації, але посада, яка буде запропонована під час здійснення публічної закупівлі, може їм відповідати [15]. Важливо наголосити, що під час дослідження

«зовнішніх» вимог мова йде не про пов'язаність із предметом закупівлі, що є важливою вимогою для замовників під час здійснення закупівлі. Так, вимоги щодо працевлаштування мають стосуватись саме конкретного договору про закупівлю, а не загальної політики суб'єкта господарювання у сфері зайнятості тощо.

Отже, розглянуті вище вимоги щодо працевлаштування закладають підґрунтя для позитивного зобов'язання, тобто не просто забезпечити дотримання вимог законодавства у сфері захисту прав людини, прав працівників, що спрямовано на забезпечення конкуренції, але й здійснити певні дії, які вже спрямовані на досягнення цілей визначених напрямів державної політики, зокрема сталого розвитку. До позитивних зобов'язань також можна віднести використання публічних закупівель для соціальної інтеграції людей з особливими потребами та соціально вразливих верств населення. Багато країн передбачають можливість резервування договорів про закупівлю для участі у тендері тільки учасників, які мають відповідний відсоток працівників — осіб із обмеженими можливостями. Таке право передбачено у ст. 20 Директиви ЄС 2014/24 про публічні закупівлі.

Зазначені вимоги передбачають використання публічних закупівель вже як засобу державного регулювання, за допомогою якого досягаються інші, не притаманні закупівлям, цілі державної політики. Наразі значний вплив мають саме цілі сталого розвитку, адже закупівлі не існують у вакуумі від інших відносин. Сталі публічні закупівлі — невід'ємна частина закупівельних політик у понад 56 країнах світу, і це за даними лише 2012 р. [16]. Директиви ЄС у сфері публічних закупівель дозволяють включення таких вимог, але регулюють сам закупівельний процес, щоб не було порушень конкуренції та не створювались бар'єри у торгівлі на внутрішньому ринку. Ще під час перегляду Директив ЄС 2004 р. у сфері публічних закупівель, який Європейська комісія розпочала 2011 р., було зазначено, що фундаментальною метою реформи є підтримка нових трендів у стратегічному використанні публічних закупівель у відповідь на нові виклики. Водночас зазначено, що замовники можуть зробити важливий внесок у досягнення цілей стратегії «Європа 2020» шляхом використання своєї «закупівельної сили», купляю-

чи товари та послуги з високою соціальною цінністю у контексті покращення рівня зайнятості, соціальних умов та забезпечення рівності за одночасної інтеграції вразливих верств населення [17].

Не зважаючи на вже неминучі процеси так званої інструменталізації закупівель і забезпечення відповідності все більшої кількості вимог законодавства під час здійснення закупівель, слід вказати і на певні недоліки у реалізації як «внутрішніх», так і «зовнішніх» по відношенню до закупівельного процесу вимог.

Застосування «зовнішніх» вимог у закупівлях часто дискутують у науковій літературі [18]. Деякі автори вказують на розмивання меж пов'язаності з предметом закупівлі. Наприклад, чи умова договору про навчання, стажування під час будівництва школи пов'язана з предметом договору про закупівлю? З одного боку, так, пов'язана, адже стосується договору про закупівлю. А з іншого, — якщо вимоги про навчання, стажування будуть реалізовані учасником в іншій сфері, наприклад під час будівництва об'єкта приватної форми власності, мета політики все одно буде досягнута, але у цьому випадку не буде пов'язаності з відповідним договором взагалі [2, с. 249]. Крім того, унаслідок різного рівня соціально-економічного розвитку країн застосування таких вимог може призводити до прямих і непрямих форм дискримінації на користь національних учасників. Головне питання полягає у балансуванні мети із забезпечення соціального захисту з метою зменшення бар'єрів у міжнародній торгівлі. Досить гостро це питання стоїть у контексті визначення вимог у сфері заробітної плати, особливо коли мова йде не просто про мінімальну заробітну плату, а плату, яка забезпечує гідний рівень життя (*living wage*). Наприклад, у Шотландії додатково до мінімальної заробітної плати існує плата, яка забезпечує гідні стандарти життя і відрізняється від розміру законодавчо встановленої мінімальної заробітної плати [19].

«Внутрішні» вимоги, хоч і не спричиняють додаткових зобов'язань як таких, можуть покладати на замовників значний тягар, через що вони можуть опинитись у складній ситуації з оцінки відповідності як самого учасника, так і його пропозиції різним правилам у соціальній, екологічній і трудовій сферах, що може призводити до збільшення операційних витрат.

Також це може передбачати додатковий тягар для самих учасників, адже вони повинні активно доводити свою відповідність багатьом різним вимогам. Існують вимоги, що стосуються всієї діяльності учасника, а не тільки тієї, що пов'язана з предметом про закупівлю, яку мають потім перевірити замовники. Наприклад, у Англії та Уельсі розділ 3 Стандартного кваліфікаційного опитування містить перелік підстав, за яких замовник має право виключити учасника з участі у закупівлі у разі порушення ним екологічних, соціальних і трудових зобов'язань протягом останніх трьох років будь-де у світі [20]. І хоча це визначає лише право замовника виключити такого учасника з участі у закупівлі, це все одно створює значний тягар як для учасників, так і замовників [21]. У цьому контексті заслуговує на увагу приклад справи, розглянутої органом оскарження у сфері закупівель Данії. Замовник установив вимогу, що учасник має виконувати договір про закупівлю відповідно до національного та міжнародного законодавства у сфері захисту прав людини, трудових прав, охорони навколишнього середовища та антикорупційного законодавства. Проект договору містив посилання на Загальну декларацію прав людини, Декларацію Міжнародної організації праці основних принципів та прав у світі праці, Декларацію Ріо-де-Жанейро щодо навколишнього середовища, Конвенцію ООН проти корупції. Учасник подав скаргу, що у порушення принципу прозорості замовник не визначив, у якій мірі міжнародні акти мають бути дотримані. Орган оскарження зазначив, що не зважаючи на те, що тендерна документація не містить переліку конкретних вимог, яким має відповідати учасник під час виконання договору про закупівлю, це не порушує принципу прозорості. На думку органу оскарження, обраний учасник має просто здійснювати свою діяльність відповідно до національного законодавства та вимог міжнародних документів у сфері охорони прав людини тощо, як це визначено у чотирьох вказаних деклараціях / конвенціях. Було наголошено, що ці декларації / конвенції містять фундаментальні принципи прав людини, трудових прав, охорони навколишнього середовища та попередження корупції, які мають таку природу, що кожний потенційний учасник має бути з ними ознайомлений. Крім того, було визнано, що така вимога не пору-

шує і принципу пропорційності. Орган оскарження наголосив на намірах замовника у встановленні таких вимог саме з метою забезпечення виконання завдання, для якого було відібрано учасника, таким чином, щоб не порушувати соціально-економічні права людини, на основі екологічно обґрунтованого підходу та без корупційних правопорушень. Таке рішення кардинально змінює формалістичний підхід до закупівель і більше концентрується на намірах як самого законодавця, так і замовників у просуванні сталого розвитку у закупівлях. Як зазначають деякі автори, у даному випадку замовники не можуть вимагати більшого, ніж забезпечення відповідності, яка вже вимагається відповідно до законодавства поряд із професійною поведінкою учасників, які поважають соціальні права. Саме у цьому аспекті законодавець Данії не став імплементувати ч. 2 ст. 18 Директиви ЄС 2014/24, адже існує загальна думка, що сучасним станом права є те, що учасник має слідувати всім уже встановленим вимогам законодавства у сфері охорони прав людини, захисту навколишнього середовища і поза сферою публічних закупівель [12, с. 343—344].

Такі вимоги є притаманними не лише публічним закупівлям. Наприклад, для співробітництва значна кількість суб'єктів господарювання в ЄС створюють реєстраційні системи потенційних учасників, яким, щоб бути включеним до неї, треба пройти так звану передкваліфікацію. І у разі виникнення у компанії потреби у відповідних товарах, роботах і послугах вони звертаються до вже передкваліфікованих учасників. Наприклад, відомий машинобудівний концерн *Andritz* із головним офісом у Австрії та 180 представництвами по всьому світі, зокрема в Україні, розробив анкету, серед питань якої: наявність чи відсутність у учасника розробленої політики у письмовому вигляді щодо заборони примусової та дитячої праці, яку необхідно долучити; дозвіл працівникам вступати або утворювати профспілки; наявність процедур, які гарантують забезпечення виплати усім працівникам принаймні мінімальної заробітної плати; наявність вимоги до постачальників і субпідрядників відповідати вимогам у сфері охорони праці та ділової етики й інші понад 50 питань щодо відповідності діяльності вимогам законодавства у сфері охорони праці та навколишнього се-

редовища [22]. Пропозиція товарів, робіт і послуг, які виробляє, надає або виконує суб'єкт господарювання, не буде розглядатись навіть за умови їхньої цінової переваги, якщо буде виявлена невідповідність вказаним вимогам. Тобто вимоги відповідності зобов'язанням у сфері охорони праці, соціального захисту та прав людини визначають вже новий рівень конкуренції, за якого, якщо суб'єкт господарювання не здатний її забезпечити, він втрачає конкурентну перевагу. Цей факт є важливим для українських постачальників, у першу чергу, у контексті інтеграційних процесів у сфері закупівель та виходу на міжнародний ринок закупівель.

**Вимоги під час закупівель набувають «зовнішнього» характеру, якщо визначено, «що купувати».** Правила з публічних закупівель передбачають саме порядок «як закупити» визначений замовником предмет закупівлі. У ЄС правила з публічних закупівель звичайно забезпечували порядок закупівлі, тобто як купити, щоб не порушити принцип недискримінації та не призвести до створення бар'єрів на ринку та торгівлі. Ціль регулювання публічних закупівель, як зазначено, — раціональне використання державних коштів, що часто полягає у забезпеченні найвищої якості за найменшу ціну. Роль регулювання за цих умов — не обмеження замовників у закупівельному виборі, у виборі товарів і послуг, а у спрямуванні на забезпечення того, що як тільки рішення «що купувати» ухвалено, воно буде реалізовано ефективно. Принципи, які лежать в основі такого рішення, будуть залежати від ґрунтованих на соціальній ідеології цінностей, що панують у країні, а також міжнародних зобов'язань, які взяла на себе країна.

Деякі країни у своєму законодавстві закріплюють, що вже на першому етапі закупівельного процесу (планування та визначення предмета закупівлі) замовники мають урахувати відповідні цілі політик. У Норвегії у Законі про публічні закупівлі у параграфі 5 «Навколишнє середовище, права людини та інші соціальні аспекти» визначено, що державні замовники мають організувати свою закупівлі так, щоб сприяти зменшенню негативного впливу на навколишнє середовище і дотриманню прав людини у закупівлях, особливо у випадках, де може існувати ризик порушення таких прав [8].

У Сполученому Королівстві Великої Британії та Північної Ірландії ще 2012 року ухвалено акт про соціальну цінність, дія якого спрямована на замовників під час здійснення ними публічних закупівель послуг. Цей акт установлює вимогу до замовників аналізувати ще до початку самої закупівельної процедури, як закупівля може покращити соціальний, екологічний та економічний розвиток відповідної території [23]. Тобто вже під час планування закупівель та вибору «що купувати» замовники обмежені вимогами до предмета закупівлі.

В Україні правила у сфері закупівель забезпечують конкуренцію та прозорість як засоби досягнення найкращого співвідношення ціни та якості. Однак в останні часи прослідковується тенденція саме характеру втручання, визначаючи не тільки «як купувати», але і «що купувати». Так, згідно з ч. 2 ст. 23 Закону у разі, якщо предмет закупівлі в подальшому будуть використовувати фізичні особи, технічні специфікації повинні складатися з урахуванням потреб осіб з інвалідністю або проектувальних вимог для врахування потреб усіх категорій користувачів. Ця норма повністю відповідає ст. 42 Директиви ЄС 2014/24 про публічні закупівлі. Тобто встановлюється обов'язкова вимога щодо врахування потреб та інтересів усіх осіб, включаючи, наприклад, людей з обмеженими можливостями. Таке положення істотно впливає на рішення замовника «що купувати» та процеси і методи виробництва суб'єктів господарювання, адже іноді важко прилаштувати свою діяльність лише під конкретну закупівлю. Крім того, відповідно до ч. 3 ст. 29 нової редакції Закону України «Про публічні закупівлі», одним із критеріїв оцінки тендерних пропозицій може бути ціна / вартість життєвого циклу разом із таким критерієм оцінки як застосування заходів соціального захисту, що відповідає положенням ст. 67 Директиви ЄС 2014/24 про публічні закупівлі. Отже, можна зробити висновок, що система публічних закупівель України також зазнає значних змін у напрямі розвитку соціально відповідальних закупівель і їх використання як засобу державного регулювання економіки. Але такі процеси зумовлені не цілями державної політики України і сталого розвитку, а переважно зовнішніми чинниками, зокрема міжнародними зобов'язаннями України щодо адаптації



законодавства у сфері публічних закупівель до вимог ЄС.

На підставі викладеного вище можна дійти таких **висновків**:

1. Установлено, що останні зміни у системі публічних закупівель характеризуються збільшенням кількості соціальних вимог, не притаманних закупівельному процесу і не спрямованих на його поліпшення або досягнення традиційних цілей закупівель, однак вони впливають на формування закупівельного рішення.

2. Установлено, що не всі соціальні вимоги є «зовнішніми» по відношенню до закупівельного процесу. Здійснено розмежування соціальних вимог: 1) вимоги із забезпечення відповідності законодавству у сфері охорони праці, соціального захисту та прав людини переважно спрямовані на дотримання конкуренції і створення рівних умов для участі у закупівлі, що допомагає досягти традиційної мети закупівель — закупівлі товарів, робіт та послуг найвищої якості за найменшу ціну; такі вимоги пов'язані із закупівлями і є по відношенню до них «внутрішніми», а також передбачають закріплення негативного зобов'язання у вигляді утримання від вчинення певних дій і не тягнуть додаткових зобов'язань як таких; 2) вимоги у сфері охорони праці, соціального захисту та прав людини, визначені як позитивні зобов'язання, тобто коли є необхідність вчинити певні дії, а не просто забезпечити відповідність вимогам законодавства, а також ті, які визначають «що купувати», є «зовнішніми» по відношенню до закупівельного процесу і спрямовані на досягнення цілей державної політики. У даному випадку відбувається так звана «інструменталізація» публічних закупів-

вель, їх використання як засобу державного регулювання для досягнення цілей сталого розвитку.

3. Доведено, що на сьогодні такі вимоги визначають новий рівень конкуренції, що вже не становить її обмеження, а, навпаки, є умовами, за дотримання яких суб'єкт господарювання може конкурувати на ринку, зокрема на міжнародному ринку публічних закупівель. І врахування цих тенденцій у правовому регулюванні публічних закупівель є важливим не лише для вітчизняних замовників, які все більше зазнають обмежень у виборі предмета закупівлі, але і суб'єктів господарювання, які мають готуватись до незворотних процесів застосування високих соціальних стандартів, де дешева робоча сила не буде перевагою під час участі у закупівлі.

4. Доведено, що система публічних закупівель в Україні також зазнає змін, зокрема щодо їх соціальної спрямованості та використання як засобу державного регулювання економіки, особливо у визначенні для замовників, що купувати. Втім, ці процеси обумовлені не національними пріоритетами та цілями сталого розвитку, а зовнішніми чинниками, наприклад, міжнародними зобов'язаннями України щодо адаптації законодавства у сфері публічних закупівель до вимог ЄС. Така ситуація може призвести до неправильного застосування положень, які надають можливість реалізації цілей у сфері охорони прав людини, працівників і соціального захисту. Це потребує зміни концептуальних підходів до публічних закупівель, що має стати підґрунтям для їх включення у прогнози та програми соціально-економічного розвитку.

#### СПИСОК ЛІТЕРАТУРИ / REFERENCES

1. Gerasymenko G. Socially responsible public procurements: in Ukraine. *Herald of Kyiv National University of Trade and Economics*. 2012. № 1. P. 5-13 [Герасименко Г. Соціально відповідальні державні закупівлі. *Вісник КНТЕУ*. 2012. № 1. С. 5—13]. [in Ukrainian].
2. Telles P., Ølykke G.S. Sustainable Procurement: A Compliance Perspective of EU Public Procurement Law. *European Procurement & Public Private Partnership*. 2017. № 3. P. 239-252. <https://doi.org/10.21552/epppl/2017/3/7>
3. Opinion of Advocate General Poiares Maduro. 2005. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:62004CC0226&from=DE6>
4. Semple A. Socially Responsible Procurement (SPRR) under EU Law and International Agreements. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*. 2017. Vol. 12. Iss. 3. P. 293-309. <https://doi.org/10.21552/epppl/2017/3/11>
5. Public Procurement and Human Rights: A Survey of Twenty Jurisdictions. 2016. URL: <https://www.hrprocurementlab.org/wp-content/uploads/2016/06/Public-Procurement-and-Human-Rights-A-Survey-of-Twenty-Jurisdictions-Final.pdf>

6. Joseph S. Blame it on the WTO? A Human Rights Critique. USA: Oxford University Press, 2011. 327 p.
7. What is social dumping? URL: <https://www.anskaffelser.no/public-procurement/social-dumping/what-social-dumping>
8. Public Procurement Act. URL: <https://lovdata.no/dokument/NL/lov/2016-06-17-73>
9. Public Procurement and Human Rights. URL: <https://www.anskaffelser.no/public-procurement/socially-responsible-public-procurement>
10. Laws and Regulations in the Federal State of Berlin. URL: <https://www.berlin-klimaschutz.de/en/climate-protection-berlin/laws-and-regulations-federal-state-Berlin>
11. Current repair of sidewalks (payment after-line repair). URL: <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2020-01-17-003052-b>
12. Andrecka M. Corporate Social Responsibility and Sustainability in Danish Public procurement. *European Public Procurement & Public Private Partnership*. 2017. № 3. P. 333-345. <https://doi.org/10.21552/eppl/2017/3/14>
13. Public Procurement Legislation. Ministry of Economic Affairs and Employment of Finland. URL: <https://tem.fi/en/public-procurement-legislation>
14. Lehto K. Environmental and Social Aspects of Public Procurement in Finland. *European Procurement & Public Private Partnership*. 2017. № 3. P. 346—351. <https://doi.org/10.21552/eppl/2017/3/15>
15. Employment through procurement — requirements. Trafikverket. Instruction. URL: [https://www.trafikverket.se/contentassets/4b744cc2432d40fd886ead511a04f074/tdok\\_2017\\_0444\\_eng\\_20171207.pdf](https://www.trafikverket.se/contentassets/4b744cc2432d40fd886ead511a04f074/tdok_2017_0444_eng_20171207.pdf)
16. Sustainable Public Procurement: A Global Review. Final Report. United Nations Environment Programme. 2013. URL: <https://globalecolabelling.net/assets/Documents/unep-spp-report.pdf>
17. Green Paper on the Modernisation of EU Public Procurement Policy. Towards a More Efficient European Procurement Market (COM/2011/0015 final). European Commission. URL: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A52011DC0015>
18. Sanchez-Graells A. Regulatory Substitution Between Labour and Public Procurement Law: The EU's Shifting Approach to Enforcing Labour Standards in Public Contracts. *European Public Law*. 2018. № 24(2). P. 229-254.
19. National Minimum Wage Rates. URL: <https://www.gov.uk/national-minimum-wage-rates>
20. Mandatory Exclusion Grounds. URL: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/551130/List\\_of\\_Mandatory\\_and\\_Discretionary\\_Exclusions.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/551130/List_of_Mandatory_and_Discretionary_Exclusions.pdf)
21. Regulation 56 — General principles in awarding contracts etc. URL: <http://pcr2015.uk/regulations/regulation-56-general-principles-in-awarding-contracts-etc/>
22. Supplier and procurement. URL: <https://www.andritz.com/group-en/about-us/suppliers>
23. The Public Services (Social Value) Act 2012. An introductory guide for commissioners and policymakers. Department for Digital, Culture Media & Sport. URL: [https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/690780/Commissioner\\_Guidance\\_V3.8.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/690780/Commissioner_Guidance_V3.8.pdf)

Надійшла / Received 16.01.2020

V.K. Malolitneva

V. Mamutov Institute of Economic and Legal Research of NAS of Ukraine, Kyiv, Ukraine  
[orcid.org/0000-0001-9678-1750](https://orcid.org/0000-0001-9678-1750)

#### LEGAL REGULATION OF SOCIALLY RESPONSIBLE PUBLIC PROCUREMENT: IMPACT OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT GOALS

The article is dedicated to the impact of sustainable development processes on the legal regulation of socially responsible public procurement. It is noted that in the context of the new global challenges public procurement is being modified by the emergence of "external" requirements, in particular in the field of social protection, human and labour rights, which are not specific and inherent to the procurement process but are mainly aimed at achieving different goals of other areas of public policy. It is argued that not all social requirements are "external" to the procurement process most of which are aimed primarily at ensuring a level playing field in procurement and competition. Special consideration is given to the conditions, under which the social requirements in procurement can be considered "external" to the procurement process. The author pays attention that today social requirements define a new level of competition. Taking into account these trends in the regulation of public procurement it is important not only for contracting authorities, that are gradually constrained in the choice of "what to buy", but also for economic operators that need to prepare for irreversible processes of application of high social standards where cheap labor is not an advantage when competing for public contract. The author emphasizes on the peculiarities of the development of socially responsible public procurement in Ukraine, which are gradually expanding, especially on the tendency of regulation for contracting authorities "what to buy". The author comes to the conclusion that these processes are driven not by the national priorities and sustainable development goals, but by external factors, in particular Ukraine's international commitments to harmonize public procurement legislation with the EU requirements. The article provides arguments for the need to change conceptual approaches to public procurement, which should be the basis for inclusion of public procurement to socio-economic development programs of Ukraine.

**Keywords:** public procurement, socially responsible public procurement, competition, sustainable development.