

Висновок про результати моніторингу закупівлі повинен містити вказівку на конкретний захід, який слід вжити замовникові. Часткове розкриття складових ціни пропозиції учасника на етапі прекваліфікації в євроторгах.

Інформація про закупівлю [UA-2018-11-20-000800-с](#).

Відкриті торги з публікацією англійською мовою.

ДК 021:2015: 45233000-9. — Будівництво, влаштування фундаменту й покриття шосе, доріг.

Очікувана вартість: 262 873 490,00 грн.

Підстави для рішення про початок моніторингу закупівлі:

RISK-2-14 «Під час проведення відкритих торгів із публікацією англійською мовою на закупівлю робіт відхилено більше ніж 2 тендерні пропозиції».

Інформація щодо моніторингу закупівлі.

Під час проведення моніторингу оприлюднення інформації щодо закупівлі, зокрема, встановлено, що, згідно з ч. 1 ст. 27 [ЗУ Про публічні закупівлі](#) (далі Закону), у разі якщо оголошення про проведення процедури закупівлі оприлюднюють відповідно до положень ч. 4 ст. 10 цього Закону в день і час закінчення строку подання тендерних пропозицій, зазначених в оголошенні про проведення процедури закупівлі, то електронна система закупівель автоматично розкриває частину тендерної пропозиції з інформацією та документами, що підтверджують відповідність учасника кваліфікаційним критеріям, та інформацією і документами, що містять технічний опис предмета закупівлі. Відповідно до інформації про закупівлю кінцевий термін подання тендерних пропозицій 02.01.2019 о 18:00, аукціон призначено на 11.02.2019 о 13:47.

Під час проведення моніторингу встановлено, що **файл 10 «розрахунок вартості робіт»** із зазначенням вартості робіт у сумі 262 826 593,13 грн та **файл 11 «календарний графік, pdf»** визначеного переможця ТОВ «Х» із зазначенням вартості робіт у сумі 218 454 326,13 грн **було розкрито на етапі прекваліфікації**, 02.01.2019 о 18:00, що не відповідає вимогам ч. 1 ст. 27 Закону. **Інформацію щодо розкриття вищевказаних файлів підтверджує лист державного підприємства «ПРОЗОРРО»** від 18.03.2019 № 206/980/10.

Тобто запропонована **цінова пропозиція** учасника ТОВ «Х» **була розкрита на етапі прекваліфікації у розрахунку вартості робіт та в календарному графіку** (за винятком коштів на покриття адміністративних витрат і податків), що є порушенням частини 1 статті 27 Закону про закупівлі. Замовник не погодився зі змістом висновку про результати моніторингу закупівлі та оскаржив його до суду. І окружний, і апеляційний адміністративні суди стали на бік замовника. З висновками апеляційного суду знайомимося далі.

Постанова Третього апеляційного адміністративного суду від 11 грудня 2019 року у справі № [160/5857/19](#)

Висновок про результати моніторингу закупівлі повинен містити вказівку на конкретний захід, який слід вжити замовникові для усунення порушення, зазначеного в такому висновку.

Колегія суддів погоджує висновок суду першої інстанції, що оскаржуваний висновок за результатами проведеного моніторингу публічних закупівель встановлює для позивача певні обов'язки та **є актом індивідуальної дії**, що приймає Держаудитслужба в межах наданих їй повноважень та на виконання покладених на неї завдань. Загальними вимогами, які висувають до акта індивідуальної дії як акта правозастосування є його обґрунтованість та вмотивованість, тобто наведення суб'єктом владних повноважень конкретних підстав його прийняття (фактичних і юридичних), а також переконливих і зрозумілих мотивів його прийняття. Можливість усунення виявлених порушень прямо залежить від чіткого **визначення суб'єктом владних повноважень конкретного заходу (варіанта поведінки)**, якого слід вжити підконтрольній установі **для усунення порушень. Спонування позивача самостійно визначити** на підставі невизначених законодавчих актів, **які саме заходи слід вжити для усунення виявлених порушень**, може призвести до нового можливого порушення позивачем чинного законодавства. Зазначене у зв'язку з обов'язковим характером спірної вимоги щодо корегування роботи підконтрольної установи **є порушенням вимог закону щодо змісту вимоги як акту індивідуальної дії**. Аналогічні висновки викладено в постановках Верховного Суду від 8 травня 2018 року у справі № 826/3350/17, від 11 вересня 2018 року у справі № 825/1481/16 та від 11 жовтня 2018 року у справі № 813/4101/17. *[Також аналогічна правова позиція, яку в подібних випадках можуть застосувати замовники, міститься в рішенні Верховного Суду України від 10 грудня 2019 року у справі № 160/9513/18 (див. журнал «Радник в сфері державних закупівель» № 1 (100) за січень 2020 року на стор. 43-44)].*

Часткове розкриття складових ціни пропозиції учасника на етапі прекваліфікації в євроторгах

Для документального підтвердження факту розкриття файла «10. розрахунок вартості» ТОВ «Х» саме 11.02.2019 (тобто після аукціону) позивач направив запит до ТОВ «Закупки.пром.уа» для надання відповідної інформації.

У відповіді ТОВ «Закупки.пром.уа» повідомило, що під час завантаження документа з

назвою «1.1. ТП Вільне-Гвардійське 28.12.2018.pdf» учасник обрав тип файла «Цінова пропозиція». Під час завантаження документа з назвою «10.розрахунок вартості. Pdf» учасник обрав тип файла «Кошторис розрахунок вартості». **Документи учасника з відповідними типами файлів стають доступними для перегляду замовникові та іншим користувачам системи ProZorro після аукціону.** Таким чином, на етапі прекваліфікації була відсутня можливість переглянути відповідні документи.

З огляду на вказане колегія суддів погоджує висновок суду першої інстанції, що, згідно з листами ТОВ «Закупки.пром.уа», усі документи учасника ТОВ «Х» стосовно запропонованої цінової пропозиції (вартості робіт) у повному обсязі могли бути доступні для перегляду замовника після завершення аукціону.

В оскаржуваному висновку **відповідач** (Держаудитслужба) **посилається на лист** від 18.03.2019 № 206/980/10, обґрунтовуючи, що порушення встановлено під час проведення моніторингу. Однак, як видно з матеріалів справи, моніторинг закупівлі відбувався згідно з наказом відповідача № 104 від 31.05.2019 у строк з 03.06.2019 по 07.06.2019. Та відповідно лист від ДП «ПРОЗОРРО», який отримано 20.03.2019, **не може слугувати належним документальним підтвердженням визначених у висновку обставин.** Також є необґрунтованими доводи відповідача, що кошторисна вартість і є ціновою пропозицією учасника. **Згідно з наданим позивачем календарним графіком, цей графік містить інформацію стосовно кошторисної вартості, а саме 218 454 326,16 грн, оскільки це його складова частина. Але в ньому не зазначено запроповану цінову пропозицію,** яка складає 262 826 593,13 грн. Отже, підстав для відміни процедури закупівлі за ст. 31 Закону замовник не мав.

Також окремо слід зазначити, що **договір про закупівлю** від 01.03.2019 із ціною 262 826 593,13 грн **вже є частково виконаним**, що також підтверджується бухгалтерською довідкою від 02.08.2019, з якої видно, що станом на 02.08.2019 відповідно до укладеного договору на виконання робіт № 5 від 01.03.2019 позивач провів касові видатки за виконані будівельні роботи ТОВ «Х» на об'єкті «Капітальний ремонт автомобільної дороги загального користування місцевого значення (у т. ч. ПКД та експертиза)» в сумі 186 323 106,67 гривень. Будь-яких зауважень цей договір не містить. Таким чином, ТОВ «Х» виконало будівельні роботи, позивач сплатив грошові кошти в розмірі 186 323 106,67 гривень, а зобов'язання позивача оскаржуваним висновком вчинити певні дії, які направлені на усунення порушень, може призвести до припинення будівельних робіт та стягнення штрафних санкцій, що призведе до недотримання принципів публічних закупівель, передбачених чинним законодавством.

Зважаючи на викладене, суд постановив апеляційну скаргу Східного офісу Держаудитслужби залишити без задоволення.

Коментар.

Інтрига справи закрутилася навколо питання, коли саме в електронній системі закупівель

При повному або частковому копіюванні чи цитуванні будь-якої інформації з порталу "Радник у сфері публічних закупівель" ви зобов'язані вказувати джерело інформації (ст. 176 ККУ). Джерело:
https://radnuk.com.ua/praktyka_zakupivel/sudova-praktika/vysnovok-pro-rezultaty-monitorynhu-zakupivli-povynen-mistyty-vkazivku-na-konkretnyi-zakhid-iakyi-sl-id-vzhyty-zamovnykovi-dlia-usunennia-porushennia-zaznacheno-ho-v-takomu-vysnovku/

(далі — ЕСЗ) стали доступними два файли майбутнього переможця, що тією чи іншою мірою містили інформацію про ціну тендерної пропозиції, а саме: файли «10. розрахунок вартості. pdf» та «11. календарний графік, pdf». Особливу увагу було приділено файлу «10. розрахунок вартості. pdf», у таблицях якого були зазначені всі складові ціни тендерної пропозиції (кошторисна вартість, адміністративні витрати, прибуток та ПДВ). Тож замовникові, щоб дізнатися про ціну тендерної пропозиції, достатньо було виконати елементарну дію додавання. Натомість файл «11. календарний графік, pdf» містив у собі інформацію про одну зі складових ціни — кошторисну вартість робіт.

Аудитори наполягали, що ці файли були відкриті ще до початку аукціону, на доказ чого надали лист ДП «Прозорро» (яке, як відомо, є адміністратором ЕСЗ) від 18.03.2019 № 206/980/10, у якому зазначено, що розкриття зазначених файлів відбулось після кінцевого терміну подання пропозицій 2 січня 2019 року о 18 год. 00 хв. на початку періоду кваліфікації. Аудитори стверджували, що розкриття будь-якої інформації про ціну до початку аукціону є грубим порушенням, яке спричиняє відміну торгів.

Натомість замовник заявляв, що вказані файли були оприлюднені згідно із Законом, на доказ чого надав лист ТОВ «Закупки.пром.уа» № 687/06 від 04.06.2019, у якому стверджується, що під час завантаження документа з назвою «10 розрахунок вартості pdf» учасник обрав тип файла «Кошторис (розрахунок вартості)», який у торгах з публікацією англійською мовою стає доступним для перегляду позивачеві (замовникові) та іншим користувачам системи ProZorro лише після початку аукціону. Щодо файла «11. календарний графік, pdf», який було дійсно розкрито одразу після завершення строку на подання тендерних пропозицій, замовник стверджував, що він складений за встановленою формою (наказ Мінрегіонбуду від 13.01.2009 року № 2). Тож не вина замовника, що якісь цифри в гривнях туди затесалися. А без календарного графіка виконання робіт неможливо оцінити тендерну пропозицію щодо відповідності технічним вимогам до предмета закупівлі, тож такий файл має бути розкритий негайно після завершення строку подання тендерних пропозицій.

Суд пристав на доводи замовника, підкріплені листами від свого майданчика. Важливо звернути увагу на причини, через які суд віддав перевагу листу ТОВ «Закупки.пром.уа» перед листом ДП «Прозорро», ставши на бік замовника. По-перше, вади змісту листа ДП «Прозорро»: у цьому листі (як видно з матеріалів судової справи) період між закінченням строку подання тендерних пропозицій та початком аукціону названий «кваліфікація», у той час як в ЕСЗ цей етап називається «прекваліфікація». По-друге, помилка аудиторів, яка полягала в тому, що лист ДП «Прозорро», який компроментує замовника, зовсім не згадано в оскаржуваному висновку: ані як підставу для його проведення, ані в переліку проаналізованих під час моніторингу документів. Тож через власну неухважність та опіску в листі адміністратора ЕСЗ аудитори втратили єдиний доказ, який свідчив проти замовника і його переможця.

Також цікавим є висновок судів, що передчасне розкриття окремих складових ціни, якщо загальна ціна тендерної пропозиції залишається втаємниченою, не свідчить про

порушення порядку проведення процедури закупівлі та не є підставою для відміни такої процедури. Однак закупівельникам не слід особливо покладатися на таке тлумачення Закону. Досліджувані судові рішення демонструють не стільки бездоганність роботи замовника (щоб позбутися спокуси зазирнути в розрахунки учасників до аукціону, замовникові достатньо було вказати в тендерній документації, що календарний графік не повинен містити показників у гривнях), скільки промахи аудиторів. Зрештою, **незалежно від (не)встановлення порушень під час проведення процедури закупівлі, оскаржуваний висновок аудиторів був би скасований з однієї простої причини: висновок, сформульований за принципом «зробіть хоч що-небудь, самі знаєте що» неможливо виконати згідно із законодавством. Як зазначили суди обох інстанцій, такий висновок є неконкретизованим, не містить чітких вимог або рекомендацій щодо способу усунення виявлених під час моніторингу порушень; його зміст фактично зводиться до спонукання позивача самостійно визначити, які саме заходи слід вжити для усунення виявлених порушень.**

Значну роль у фіаско аудиторів зіграв фактор затримки: про порушення дізналися в лютому, докази отримали в березні, а до моніторингу приступили лише в червні, коли договір про закупівлю діяв уже три місяці, а значний обсяг робіт (на час слухання справи в суді першої інстанції — понад 70 %) уже був виконаний та навіть оплачений. На цю обставину звернули уваги суди обох інстанцій, вказавши, що в умовах, коли договір частково виконаний, а спосіб усунення імовірного порушення не визначений аудиторами, замовник з високою ймовірністю прийме хибне рішення, яке призведе, з одного боку, до нових порушень, а з іншого — до припинення будівельних робіт і стягнення штрафних санкцій, що не відповідає принципам публічних закупівель. Тож порада замовникам: будьте пильними й не допускайте в тендерній документації таких «лазівок» для часткового розкриття ціни до моменту аукціону, як це сталося в досліджуваній закупівлі. Адже наступного разу аудитори не помиляться, вчасно помітять і належно задокументують хитрощі недобросовісного закупівельника, а потім чітко визначать спосіб усунення виявлених порушень. І тоді навіть частково виконаний договір не схилить суд на бік замовника.