

# Моніторинг і скарга одночасно: чому, навіщо і що робити?

*Закон України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон про публічні закупівлі, Закон) визначає два органи, що тією чи іншою мірою наділені функціями здійснення поточного контролю у сфері публічних закупівель, а саме: орган оскарження та орган державного фінансового контролю.*

*Органом оскарження є Антимонопольний комітет України (далі — АМКУ) в особі постійно діючих адміністративних колегій, завдання якого — розглядати скарги про порушення законодавства у сфері публічних закупівель.*

*Органом державного фінансового контролю є Державна аудиторська служба та її територіальні органи (яка незабаром отримає нову назву — Офіс фінансового контролю), що діють відповідно до Закону України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні». Держаудитслужба не чекає, коли до неї звернуться зі скаргою: вона сама проводить моніторинг закупівель, виявляє порушення та вимагає їх усунення. Нерідко стається так, що одні й ті ж порушення можуть одночасно стати предметом моніторингу та предметом скарги до АМКУ. Чому це відбувається і що робити замовникові? Відповідь на це питання з'ясуємо разом на сторінках журналу «Радник в сфері державних закупівель».*

## Два на одного, або Спільна компетенція двох державних органів

Для початку розберемося, який саме шматок роботи є спільним у двох органів.

Орган оскарження дбає про забезпечення державного захисту конкуренції в підприємницькій діяльності та у сфері закупівель, тож і предметом оскарження до АМКУ можуть бути рішення, дії чи бездіяльність замовника, що відбуваються в період проведення процедури закупівлі, тобто з моменту її оголошення, але до укладення самого договору.

Натомість органи державного фінансового контролю контролюють процес витрачання публічних, у тому числі державних, коштів: від стадії планування кошторисів / фінансових планів і до затвердження звітності про їх виконання. Тож логічно, що до сфери моніторингу потрапляє весь закупівельний процес — від планування закупівлі до звітування про виконання договору.

На відміну від оскарження до АМКУ, моніторинг органів Держаудитслужби охоплює не лише саму процедуру закупівлі, але й укладення та виконання договору, включаючи внесення до нього змін та звітування про результати виконання.

Та навіть спільна компетенція не допускає існування двох самостійних точок зору на один предмет перевірки. Як це працює — з'ясуємо далі.

## Разом, але не одночасно!

Закон про публічні закупівлі не дозволяє одночасне проведення і моніторинг органами Держаудитслужби, і оскарження до АМКУ, і, як результат, не допускає існування двох зобов'язувальних рішень відносно одного порушення, обставини чи підстав. Як це працює на практиці, розглянемо в різних ситуаціях.

### Ситуація 1. Моніторинг ще не почався, а орган оскарження прийняв скаргу до розгляду

Згідно з частиною 13 статті 7-1 Закону про публічні закупівлі, якщо орган оскарження прийняв до розгляду скаргу від суб'єкта оскарження в порядку, установленому цим Законом, то орган державного фінансового контролю не приймає рішення про початок моніторингу закупівлі щодо тих порушень, обставин, підстав, які були або є предметом розгляду органом оскарження незалежно від прийнятого органом оскарження рішення щодо таких порушень, обставин, підстав. Зауважимо, що, згідно з абзацом 1 частини 6 статті 18 Закону про публічні закупівлі, **датою початку розгляду скарги є дата оприлюднення реєстраційної картки скарги в електронній системі закупівель (далі — ЕСЗ)**. При цьому реєстраційна скарга формується негайно й автоматично після розміщення скарги суб'єктом оскарження в ЕСЗ.

Отже, у цій ситуації, як на дорозі: один має перевагу в русі, а інший повинен поступитися. **Якщо в ЕСЗ оприлюднюється реєстраційна картка скарги до АМКУ, то Держаудитслужба поступається і не розпочинає моніторинг. При цьому поступки стосуються виключно тих порушень, обставин, підстав, які заявлені в якості предмета скарги. З усіх інших аспектів закупівлі моніторинг може здійснюватися в загальному порядку — але тільки після оприлюднення відповідного рішення АМКУ (частина 17 статті 7-1 Закону).**

До речі, таким же є алгоритм у випадку, коли до початку моніторингу рішення АМКУ оскаржено до суду. Відповідно до частини 16 статті 7-1 Закону про публічні закупівлі в разі оскарження в судовому порядку рішення органу оскарження рішення про початок моніторингу закупівлі не приймають щодо тих порушень, обставин, підстав, які були або є предметом судового розгляду. У такому випадкові моніторинг інших аспектів закупівлі може відбуватися в загальному порядку, але тільки після набрання рішенням суду законної сили.

### Ситуація 2. Моніторинг щойно розпочався, висновку про

## результати моніторингу ще немає, а орган оскарження приймає скаргу до розгляду

А якщо моніторинг вже розпочався, а хтось із учасників вирішив подати скаргу до АМКУ? У цьому випадкові діє те саме правило — «разом, але не одночасно». Так, за змістом частини 14 статті 7-1 Закону про публічні закупівлі, **якщо орган оскарження прийняв до розгляду скаргу від суб'єкта оскарження в порядку, установленому цим Законом, то після прийняття рішення про початок моніторингу закупівлі** протягом наступного робочого дня з дня розміщення скарги суб'єктом оскарження в електронній системі закупівель керівник органу державного фінансового контролю або його заступник до моменту опублікування рішення органу оскарження зупиняє рішення органу державного фінансового контролю з відповідним повідомленням в електронній системі закупівель.

Отже, ми знову на перехресті, де один має перевагу в русі, а інший повинен поступитися. **Якщо в ЕСЗ оприлюднюється реєстраційна картка скарги до АМКУ, то моніторинг зупиняється на весь строк розгляду скарги — до моменту оприлюднення рішення АМКУ за результатами розгляду скарги (тобто рішення або по суті розгляду скарги, або про залишення скарги без розгляду, або про припинення розгляду скарги).** Відзначимо, що Закон не передбачає часткового зупинення моніторингу: незалежно від того, які та скільки аспектів закупівлі стали предметом моніторингу та скарги до АМКУ, моніторинг зупиняється в цілому.

До речі, подання скарги до АМКУ після початку моніторингу — єдина підстава для зупинення моніторингу, передбачена Законом. Зупинити моніторинг можуть лише ті особи, що наділені правом його розпочати, тобто — керівник органу Держаудитслужби або його заступник. У Законі не зазначено, у якій формі приймають рішення про зупинення (власне, як і про початок) моніторингу. Оскільки, згідно із законодавством, акти організаційно-розпорядчого характеру в системі Держаудитслужби видають у формі наказів, то і в даному випадкові, як правило, видають саме наказ. Та правом підпису наказів володіє лише перша особа — керівник органу, а його заступники, у тому числі перший, таким правом не наділені (пункт 29 частини 4, частина 5 статті 19 Закону України «Про центральні органи виконавчої влади») і підписують накази лише в статусі «в. о.». Тож видається, за задумом законотворців, рішення і про початок, і про зупинення моніторингу мали б видавати не у вигляді наказів, а у формі актів з однойменною назвою — «рішення про...».

Зауважимо, що, згідно з частиною 14 статті 7-1 Закону про публічні закупівлі, **моніторинг не зупиняється автоматично лише через факт подання скарги: моніторинг буде зупинено лише на підставі відповідного рішення органу Держаудитслужби.** Це важливий нюанс, адже перебіг строку на проведення моніторингу (15 робочих днів) зупиниться лише в разі прийняття відповідного рішення про зупинення самого моніторингу.

Закон не вимагає оприлюднювати рішення про зупинення моніторингу, однак орган Держаудитслужби має оприлюднити «відповідне повідомлення». Зміст такого повідомлення чітко не визначений, тож припускаємо, що повідомлення буде «відповідним», якщо передаватиме зміст рішення про зупинення моніторингу: хто, що, коли і на який час зупинив.

До речі, згідно із Законом, **моніторинг зупиняється повністю** незалежно від змісту скарги до АМКУ. Інакше кажучи, моніторинг зупиняється навіть у випадку, якщо предметом оскарження стали зовсім інші дії / бездіяльність / рішення замовника, аніж ті, що зацікавили аудиторів та стосовно яких запитано пояснення в замовника.

А от відновлюється моніторинг автоматично — з моменту опублікування рішення органу оскарження. Але оскільки строк на моніторинг обчислюють робочими днями, а не годинами, то день публікації рішення органу оскарження не зараховуватимуть до строку проведення моніторингу. При цьому відновити моніторинг Держаудитслужба має право лише щодо тих підстав (ознак порушень), які не були предметом розгляду по суті органом оскарження.

### **Ситуація 3. Моніторинг завершився, в ЕСЗ опубліковано висновок, а орган оскарження приймає до розгляду скаргу**

Нерідко трапляється так, що поки учасник думав — скаржитися чи ні, аудитори вже промоніторили закупівлю й оприлюднили висновок, констатуючи порушення й зобов'язуючи замовника їх усунути. Проте моніторинг, на відміну від скарги до АМКУ, не зупиняє закупівлю, а аудитори, на відміну від АМКУ, не можуть змусити замовника, скажімо, відмінити торги, скасувати вибір переможця чи внести зміни до тендерної документації. І от учасник, який лише вагався, підкріпивши власні доводи висновком про результати моніторингу закупівлі, звертається до АМКУ зі скаргою. Що робити замовникові з висновком аудиторів?

І знову ми на дорозі, на якій **Держаудитслужба поступається органу оскарження**. Так, за змістом частини 14 статті 7-1 Закону про публічні закупівлі, **якщо орган оскарження прийняв до розгляду скаргу від суб'єкта оскарження в порядку, установленому цим Законом, після опублікування висновку, то замовник до моменту опублікування рішення органу оскарження зупиняє виконання зобов'язань щодо усунення порушення (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель, викладених у висновку, щодо тих порушень, обставин, підстав, які стали предметом розгляду органом оскарження**. Якщо виконання висновку зупиняється лише в частині, що збігається з предметом оскарження, то логічно припустити, що в іншій частині висновок має бути виконаний у загальному порядку. Але тут вступає в силу **абзац 2 частини 7 статті 18 Закону про публічні закупівлі, згідно з яким у разі прийняття скарги до розгляду замовникові заборонено вчиняти будь-які дії та приймати будь-які рішення щодо закупівлі, у тому числі укладення договору про закупівлю,**

**крім дій, спрямованих на усунення порушень, зазначених у скарзі.** Підкреслимо, що за змістом абзацу 2 частини 7 статті 18 Закону в цей час замовник має право усувати лише ті порушення, які зазначені в скарзі, але не ті, які зазначені у висновку про результати моніторингу. Отже, маємо класичну колізію: одна норма зобов'язує виконати висновок про результати моніторингу (стосовно того, що не стосується предмета оскарження), а інша — забороняє вчиняти будь-які дії щодо закупівлі, окрім усунення порушень, зазначених у скарзі до АМКУ. На додачу згадаймо, що не завжди замовник може самостійно визначити, в якій саме частині виконання висновку має бути зупинено. Наприклад, якщо одну й ту ж дію замовника учасник і Держаудитслужба оцінюють як порушення, але з різних підстав. Як вчинити правильно?

Вирішимо цю колізію, скориставшись підходом Європейського суду з прав людини, а саме — розтлумачивши Закон у спосіб, найбільш сприятливий для особи, яка мусить його виконувати, тобто — для замовника. У даному випадкові інтересам замовника відповідає застосування саме абзацу 2 частини 7 статті 18 Закону про публічні закупівлі, тобто — на час розгляду скарги органом оскарження не робити нічого, доки не стануть відомі результати розгляду скарги, або ж її розгляд не буде припинено чи скаргу не буде взагалі залишено без розгляду.

Таким чином, доходимо висновку: **у разі прийняття скарги до розгляду органом оскарження після оприлюднення висновку про результати моніторингу, з урахуванням абзацу 2 частини 7 статті 18 Закону про публічні закупівлі, виконання такого висновку зупиняється повністю, незалежно від змісту скарги, до моменту оприлюднення рішення органу оскарження про результати розгляду скарги або про залишення скарги без розгляду, або про припинення розгляду.**

## **Коли усувати порушення, що стали предметом і моніторингу Держаудитслужби, і скарги в АМКУ**

І тут важливо звернути увагу на **строки усунення порушень, виявлених органами державного фінансового контролю.** Відповідно до частини 8 статті 7-1 Закону про публічні закупівлі протягом 5 робочих днів з дня оприлюднення органом державного фінансового контролю висновку замовник оприлюднює через ЕСЗ інформацію та/або документи, що свідчать про усунення порушення (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель, викладених у висновку, або аргументовані заперечення до висновку, або інформацію про причини неможливості усунення виявлених порушень. Причому протягом перших 3 робочих днів з дня оприлюднення висновку замовник має право одноразово звернутися до органу державного фінансового контролю по роз'ясненню змісту висновку та його зобов'язань, визначених у висновку.

**Звертаємо увагу: загальний строк на усунення порушень або надання заперечень, або повідомлення про неможливість усунення порушень складає саме 5 робочих днів, а не 8.** Усунення порушень у зазначений 5-денний строк дає замовникові бонус:



його посадові особи, що усвідомили власні помилки та покаялися, усунувши допущені порушення, не будуть притягнені до адміністративної відповідальності за правопорушення у сфері публічних закупівель. Закон дозволяє оскаржити висновок про результати моніторингу до суду — протягом 10 робочих днів з дня його оприлюднення (частина 10 статті 7-1 Закону).

Зауважимо, що **Закон не містить окремої вказівки на зупинення названих п'яти- та десятиденних строків на усунення порушень / оскарження висновку про результат моніторингу і т. д. у зв'язку з поданням скарги до АМКУ**. А чи має ця обставина значення? Так, має, і ось чому. Перехрещення компетенції Держаудитслужби та АМКУ в статті 7-1 Закону про публічні закупівлі відбувається в момент прийняття скарги суб'єкта оскарження до розгляду. Як уже було зазначено, згідно з абзацом 1 частини 6 статті 18 Закону про публічні закупівлі датою початку розгляду скарги є дата оприлюднення реєстраційної картки скарги в ЕСЗ. Проте, як відомо, оприлюднення реєстраційної картки не гарантує розгляду скарги: орган оскарження має три робочих дні, щоб вирішити, чи розглядати скаргу по суті, чи залишити її без розгляду, чи припинити такий розгляд.

Можливість відновлення моніторингу, перерваного внаслідок процедури оскарження до АМКУ, а також доля висновків про моніторинг, оприлюднених до початку процедури оскарження, залежать не від самого факту подання скарги, а від розгляду її по суті: відповідно до частини 15 статті 7-1 Закону про публічні закупівлі після оприлюднення рішення органу оскарження замовником у порядку, встановленому цією статтею, виконання зобов'язань щодо усунення порушення (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель, зазначених у висновку, здійснюється в частині, що не була предметом розгляду органом оскарження. Тобто в **разі розгляду АМКУ скарги по суті висновок Держаудитслужби в частині, що збігається з предметом оскарження до АМКУ, так би мовити, анулюється, незалежно від позиції АМКУ щодо наявності чи відсутності відповідних порушень, і виконанню в цій частині не підлягає, натомість підлягає обов'язковому виконанню рішення органу оскарження** (частина 12 стаття 18 Закону). І навпаки: якщо розгляд по суті не відбудеться, тобто скарга буде залишена без розгляду або ж її розгляд буде припинено, то сам факт подання такої скарги (навіть якщо в цю скаргу було дослівно переписано висновок про результати моніторингу) ніяк не вплине на зміст та/або чинність висновку про результати моніторингу.

Таким чином, **з моменту оприлюднення реєстраційної картки скарги, що зумовлює повне (!) зупинення виконання висновку про моніторинг, і до моменту прийняття АМКУ скарги до розгляду по суті, що гарантує на майбутнє анулювання висновку про моніторинг у частині, що збігається з предметом оскарження до АМКУ, ми маємо період вакууму тривалістю 3 робочих дні**. Якщо цей вакуумний період припаде на згадані вище п'яти- і десятиденний строки на усунення порушень / оскарження висновку моніторингу й т. д., і ці строки не зупиняться, то поки АМКУ вирішить, чи розглядати скаргу по суті, замовник може втратити можливість добровільно усунути порушення, уникнувши чималих штрафів (і опиниться у статусі порушника), або ж висловити в

установлений строк заперечення до висновку про моніторинг, оскаржити цей висновок до суду або взагалі в цей час виконуватиме висновок, що надалі буде анульовано, при цьому порушуючи правила статті 18 Закону (заборону на вчинення замовником будь-яких дій щодо закупівлі під час процедури оскарження), і т. д. А обернена ситуація дасть можливість замовникові вчасно скористатися наданими Законом правами. Як ми вже казали, не може бути двох самостійних точок зору державних органів на один предмет перевірки. А тому, з урахуванням частин 14-17 статті 7-1, абзацу 2 частини 7 статті 18 Закону про публічні закупівлі, вважаємо: **оскільки з моменту оприлюднення реєстраційної картки скарги в ЕСЗ і до моменту оприлюднення рішення органу оскарження за скаргою замовник повністю зупиняє виконання висновку про моніторинг, тобто в цей період висновок про моніторинг не має для замовника зобов'язуючої сили, то протягом зазначеного часу зупиняються і строки на оскарження цього висновку в будь-якій формі (шляхом подання заперечень, вказівки на неможливість усунення порушень чи звернення з позовом до суду).**

Таким чином, у разі подання скарги до АМКУ після оприлюднення висновку про результати моніторингу замовник повністю зупиняє виконання такого висновку, незалежно від змісту скарги до АМКУ, з моменту оприлюднення реєстраційної картки скарги і до моменту оприлюднення рішення органу оскарження про результати розгляду скарги або про залишення скарги без розгляду, або про припинення розгляду. Протягом зазначеного періоду зупиняються і строки, передбачені частинами 8-10 статті 7-1 Закону про публічні закупівлі, а саме: 5 робочих днів для виконання, надання заперечень чи повідомлення про неможливість виконання або 10 робочих днів для оскарження до суду. При цьому в разі залишення скарги без розгляду чи припинення її розгляду виконання висновку про моніторинг відновлюється в повному обсязі з моменту публікації відповідного рішення АМКУ, а в разі розгляду скарги по суті — лише в частині усунення тих порушень, що не були предметом розгляду органом оскарження.

Наостанок зробимо застереження щодо порядку обрахунку строків на виконання / оскарження / повідомлення про неможливість виконання висновку про моніторинг у разі подання скарги до АМКУ після його оприлюднення. Так, за загальними правилами, установленними статтею 252 Цивільного кодексу України, строк визначається роками, місяцями, тижнями, днями або годинами, а термін визначається календарною датою або вказівкою на подію, яка має неминуче настати. І от загадка: як порахувати строк, який обраховується днями (а день, як відомо, — це календарна доба від 00 до 24 години), однак починається не «з дня», а «з моменту»? Інакше кажучи, якщо виконання висновку про моніторинг зупиняється до «моменту опублікування рішення органу оскарження», то коли замовник має відновити виконання цього рішення: у день публікації рішення АМКУ чи наступного дня? Ми звернулися по роз'яснення цього питання до Держаудитслужби, та допоки відповідь не надійшла, зважаючи на неоднозначну позицію судів у питанні обчислення строків за Законом про публічні закупівлі, будемо виходити з того, що замовник зупиняє виконання висновку про результати моніторингу в день оприлюднення реєстраційної картки скарги, а відновлює — у день оприлюднення відповідного рішення

АМКУ.

## **Чи публікувати замовникові оголошення про зупинення виконання висновку про результати моніторингу?**

Вище, розглядаючи ситуацію 2, ми вказали, що якщо скарга до АМКУ подана після початку моніторингу (але до оприлюднення висновку про його результати), то Держаудитслужба, згідно з частиною 14 статті 7-1 Закону, повинна оприлюднити в ЕСЗ повідомлення про зупинення моніторингу.

А чи повинен замовник повідомляти Держаудитслужбі, а разом і всій зацікавленій громадськості, що зупиняє виконання її висновку у зв'язку з поданням скарги до АМКУ?

Існує думка, що в такій ситуації замовник зобов'язаний оприлюднити в ЕСЗ своє власне повідомлення про зупинення виконання ним зобов'язань щодо усунення порушення (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель, викладених у висновку. Її прихильники спираються на доволі невдалу граматичну конструкцію частини 14 статті 7-1 Закону про публічні закупівлі — «з відповідним повідомленням в електронній системі закупівель», яка не дає точної відповіді на питання, хто саме і про що має повідомляти в ЕСЗ. На наш погляд, у Законі йдеться саме про обов'язок органу Держаудитслужби повідомити про зупинення рішення про початок моніторингу як суб'єкта владних повноважень, завідомо більш сильної сторони у відносинах із замовником. Та замовник, за бажання, не обмежений у праві оприлюднити своє власне повідомлення про зупинення виконання висновку про результати моніторингу. Таке повідомлення буде корисним, особливо у випадку, якщо предмет скарги та предмет моніторингу збігаються лише частково, тобто в разі колізії, про яку ми говорили вище: коли, згідно зі статтею 7-1 Закону, висновок Держаудитслужби підлягає частковому виконанню попри процедуру оскарження до АМКУ, а стаття 18 Закону забороняє робити будь-що, окрім усунення порушень, відображених у скарзі. Інша річ, що окремий функціонал для оприлюднення такого оголошення в ЕСЗ не передбачений (що, до речі, додатково свідчить на користь того, що повідомлення, згідно із Законом, мають публікувати лише органи державного фінансового контролю, а не замовник). Один з можливих варіантів оприлюднити таке повідомлення — скористатися функціоналом для оприлюднення пояснення за скаргами до АМКУ. Детальніше про наявність / відсутність можливості оприлюднення таких повідомлень слід з'ясувати безпосередньо на відповідному майданчику.

## **Чому думки розходяться**

Вище ми вказали, що рішення АМКУ по суті розгляду скарги анулює висновок Держаудитслужби в частині, що збігається з предметом оскарження, незалежно від позиції органу оскарження щодо наявності чи відсутності відповідних порушень. Тепер



з'ясуємо, чому позиції двох компетентних органів взагалі, навіть теоретично, можуть розходитися. Причина — у різниці сфер контролю, а отже і в підходах до оцінки тих чи інших обставин. Так, орган оскарження слідкує за дотриманням конкуренції, тож на цьому зосереджена вся увага. Натомість органи державного фінансового контролю перевіряють увесь шлях державних грошей, тож кожен моніторинг відбувається з перспективою майбутніх ревізій. **І там, де орган оскарження, відомий своїм формалізмом, не побачить невідповідності між тендерною пропозицією й тендерною документацією, орган державного фінансового контролю цілком може допомогти замовникові уникнути договору з аферистами**, які йдуть на багатомільйонні тендери, не маючи ані штату, ані основних засобів, ані реального досвіду роботи. Адже моніторинг покликаний, насамперед, попередити майбутні збитки — як замовника, так і держави, спричинені незаконними та/або неналежно виконаними договорами та угодами. Саме тому ми наполегливо не радимо нехтувати висновками моніторингу.

**Підкреслимо: АМКУ й Держаудитслужба — це дві самостійні структури, ніяк не пов'язані відносинами підлеглості: вони не перевіряють, не змінюють та не скасовують висновки одне одного.**

## Висновки

Держаудитслужба й Антимонопольний комітет України у сфері публічних закупівель діють разом, але не одночасно: у разі подання скарги, згідно із Законом про публічні закупівлі, органи державного фінансового контролю завжди поступаються дорогою органу оскарження.

Якщо в ЕСЗ оприлюднюється реєстраційна картка скарги до АМКУ, то Держаудитслужба поступається й не розпочинає моніторинг, а вже розпочатий зупиняє до прийняття рішення органом оскарження. Відновлюється такий моніторинг лише в частині, що не стала предметом розгляду по суті з боку АМКУ.

Якщо скаргу в АМКУ подано після оприлюднення висновку про результати моніторингу, то виконання висновку в частині, що збігається з предметом оскарження до АМКУ, зупиняється з моменту оприлюднення реєстраційної картки скарги і відновлюється з моменту оприлюднення рішення АМКУ про залишення скарги без розгляду або про припинення розгляду (одночасно зупиняються та надалі відновлюються і строки на виконання висновку, висловлення заперечень, повідомлення про неможливість виконання та на оскарження до суду) чи взагалі припиняється з моменту оприлюднення рішення АМКУ по суті розгляду скарги.