

Практика оскарження за Законом про публічні закупівлі

З 1 квітня 2016 року Закон України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон про публічні закупівлі, Закон) збував закупівельну спільноту, освітивши прозорими електронними закупівлями темні закутки паперових процедур.

Без помилок, звичайно, не обійшлося. Норми Закону є інноваційними та певною мірою новими. Тому багато замовників та учасників, іноді помиляючись, набувають досвіду роботи в електронній системі закупівель.

На терені оскарження електронних процедур вже з'явилися перші ластівки. Рішення колегії з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель стосовно встановлення методики оцінки в розрізі питання ПДВ розглянемо та проаналізуємо в даній статті.

Бути чи не бути в методиці оцінки ПДВ?

Питання різної оцінки платників та неплатників податку на додану вартість вже багато років є яблуком розбрату для учасників і замовників. Включати чи не включати податок на додану вартість при поданні тендерних пропозицій? Чи оцінювати учасників-платників податку на додану вартість за «чистою» ціною, а потім збільшувати при укладенні договору суму? Роками замовники поневіряються в пошуках істини.

Звичайно, дане питання відноситься до податкового законодавства, адже йому не місце серед норм Закону про публічні закупівлі. Та й не зможуть тридцять вісім статей Закону охопити та врахувати всі безкраї нормативи українського законодавства.

У даному випадку допоможе практика оскарження публічних закупівель, яка постійно поповнюється новими та новими прецедентами. Шляхом аналізу публічних закупівель редакція журналу знайшла доволі цікаве рішення АМКУ стосовно застосування ПДВ в методиці оцінці. ***Знайти текст проаналізованої скарги та рішення АМКУ № 40-р/пк-зк від 10.06.2016 можна за номером оголошення закупівлі в системі ProZorro — UA-2016-05-04-000047-с.*** Нижче наводимо витяг з даної скарги учасника.



Витяг з рішення АМКУ

№ 40-р/пк-зк від 10.06.2016
(що саме оскаржує учасник)

Пунктом 1 розділу IV тендерної документації визначено, що оцінка тендерних пропозицій проводиться автоматично електронною системою закупівель шляхом застосування електронного аукціону. Проводиться оцінка лише тих тендерних пропозицій, що не були відхилені Замовником згідно вимог цієї документації при перевірці кваліфікації учасників після розкриття їх тендерних пропозицій. Критерієм оцінки є ціна.

У разі, якщо Учасник торгів, який надав найменшу цінову пропозицію не є платником ПДВ, тендерним комітетом приймаються для оцінки цінові пропозиції наступних Учасників без урахування ПДВ. Але ж платники ПДВ мають вхідний податковий кредит, тому чиста сума нарахованих зобов'язань з ПДВ при сплаті буде ними зменшена на суму податкового кредиту, та лише різниця підлягає сплаті до бюджету (таким чином платник компенсує частину вартості закупівлі ним вугілля), а не платник ПДВ позбавлений можливості такої компенсації, сума закупівлі вугілля разом з ПДВ його виробника цілком відноситься на собівартість продукції тому не враховувати всю суму нарахованого ПДВ при здійсненні оцінки є заздалегідь дискримінаційним підходом при здійсненні оцінки пропозицій учасників, до яких застосовуються різні системи оподаткування згідно діючого законодавства.

У даному випадку скаргу подав учасник, неплатник ПДВ, вбачаючи у вищезазначених діях замовника дискримінацію щодо себе. І такі випадки — непоодинокі: доволі багато замовників, спираючись на законодавство в податковій сфері, вирішують не враховувати ПДВ при оцінці тендерних пропозицій.

Правильно це чи ні? Колегія з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель розставила всі крапки над «і». Далі наводимо витяг з даного рішення.



Витяг з рішення АМКУ

№ 40-р/пк-зк від 10.06.2016

Пунктом 1 розділу IV Документації передбачена наступна оцінка тендерних

пропозицій: «Оцінка тендерних пропозицій проводиться автоматично електронною системою закупівель шляхом застосування електронного аукціону. Проводиться оцінка лише тих тендерних пропозицій, що не були відхилені Замовником згідно вимог цієї документації при перевірці кваліфікації учасників після розкриття їх тендерних пропозицій. Критерієм оцінки є ціна.

У разі, якщо учасник торгів, який надав найменшу цінову пропозицію не є платником ПДВ, тендерним комітетом приймаються для оцінки цінові пропозиції наступних Учасників без урахування ПДВ».

Відповідно до пункту 3.1 істотних умов Договору, які викладені у додатку 4 Документації «ціна цього Договору становить ___, у тому числі ПДВ — ___. Ціна Договору включає в себе вартість самого товару, його ПДВ, залізничний та/або транспортний тариф, вартість упаковки, усі податки та збори, що сплачуються або мають бути сплачені щодо поставки товару».

Враховуючи вищенаведене, Замовник буде укладати договір за ціною із урахуванням податків і зборів, що сплачуються або мають бути сплачені, усіх інших витрат.

Оцінка тендерних пропозицій за наведеною вищу методикою може призвести до того, що переможцем може бути обраний учасник (платник ПДВ), цінова пропозиція якого (з урахуванням всіх витрат, у тому числі ПДВ) може бути вищою за цінову пропозицію учасника, який не є платником ПДВ.

Такі дії Замовника є дискримінаційними по відношенню до тих учасників, зокрема Скаржника, які не є платниками ПДВ, та порушують основні принципи державних закупівель, визначені статтею 3 Закону України «Про публічні закупівлі», зокрема, максимальну економію та ефективність та не дискримінацію учасників.

Враховуючи інформацію, викладену у мотивувальній частині цього рішення, Колегією встановлено, що під час проведення Процедури закупівлі Замовник допустив порушення, які на момент прийняття Колегією цього рішення можна виправити шляхом зобов'язання Замовника внести зміни до документації конкурсних торгів. Згідно з частиною дев'ятою статті 18 Закону за результатами розгляду скарги орган оскарження має право прийняти рішення про встановлення або відсутність порушень процедури закупівлі (у тому числі порушення порядку оприлюднення або неоприлюднення інформації про закупівлі, передбаченої цим Законом) та про заходи, що повинні вживатися для їх усунення, зокрема зобов'язати замовника повністю або частково скасувати свої рішення, надати необхідні документи, роз'яснення, усунути будь-які дискримінаційні умови (у тому числі ті, що зазначені в технічній специфікації, яка є складовою частиною тендерної документації), привести тендерну документацію у відповідність із вимогами законодавства, або за неможливості виправити допущені порушення відмінити процедуру закупівлі.

Відповідно до частини десятої статті 18 Закону орган оскарження розглядає скаргу та приймає рішення на її підставі в межах одержаної за скаргою інформації та інформації, розміщеної в електронній системі закупівель.

Наведені вище обставини свідчать про наявність підстав для задоволення Скарги повністю.

Враховуючи викладене, керуючись частиною третьою статті 8 та статтею 18 Закону України «Про публічні закупівлі», Постійно діюча адміністративна колегія Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель

ПОСТАНОВИЛА:

Зобов'язати ХХХХХХ ХХХХХХ внести зміни до тендерної документації на закупівлю — ДК 021:2015: 09111100-1. Вугілля кам'яне (вугілля марки і класу ДГР 0-200) ДК 016:2010 - 05.10.1 (код СРУ згідно ДК 021-2015: 09111100-1 "Вугілля") [оголошення UA-2016-05-04-000047-с] з метою усунення порушень, зазначених в мотивувальній частині цього рішення.

Виходячи з вищенаведеного, можна дійти висновку, що встановлювати виняток для платників податку на додану вартість та встановлювати індивідуальні методики оцінки для відповідних суб'єктів господарювання — неприпустимо!

Відповідно до частини другої статті 22 Закону тендерна документація повинна містити, зокрема, перелік критеріїв та методику оцінки тендерних пропозицій із зазначенням питомої ваги критеріїв. Опис методики оцінки за критерієм «ціна» повинен містити інформацію про врахування податку на додану вартість (ПДВ).

Згідно з частиною першою статті 28 Закону, оцінку тендерних пропозицій електронна система закупівель проводить автоматично на основі критеріїв і методики оцінки, зазначених замовником у тендерній документації, та шляхом застосування електронного аукціону.

Тому саме замовник зазначає, як учасники формують ціни тендерних пропозицій та яку методику оцінки застосовуватиме електронна система.

Підводимо підсумки

З огляду на практику оскарження в АМКУ аналізованого питання та основні принципи проведення публічних закупівель, закріплених у статті 3 Закону, радимо замовникам враховувати ПДВ при оцінці тендерних пропозицій. Нижче наводимо приклад оформлення відповідних положень у тендерній документації.

Розділ 5 Оцінка тендерної пропозиції

Розділ 5 Оцінка тендерної пропозиції



1. Перелік критеріїв та методика оцінки тендерної пропозиції із зазначенням питомої ваги критерію

Критерії та методику оцінки визначають відповідно до частини першої статті 28 Закону.

Оцінку тендерних пропозицій здійснюють на основі критерію «ціна».

Найбільш економічною вигідною пропозицією буде вважатися пропозиція з найнижчою ціною з урахуванням усіх податків та зборів [у тому числі податку на додану вартість (ПДВ), у разі якщо учасник є платником ПДВ].

Оцінку тендерних пропозицій електронна система закупівель проводить автоматично шляхом застосування електронного аукціону. Електронний аукціон полягає в повторювальному процесі пониження цін, що проходить у три етапи в інтерактивному режимі реального часу.

Для проведення електронного аукціону ціни всіх пропозицій розташовують в електронній системі закупівель у порядку від найвищої до найнижчої і без зазначення найменувань учасників. Стартовою ціною визначають найвищу ціну.

Перед початком кожного наступного етапу аукціону визначають нову стартову ціну за результатами попереднього етапу аукціону.

Якщо учасники подали пропозиції з однаковим значенням ціни, то першим в електронному аукціоні пониження ціни здійснюватиме учасник, який подав свою пропозицію пізніше за інших учасників з аналогічним значенням ціни пропозиції.

Учасник може протягом одного етапу аукціону один раз понизити ціну своєї пропозиції не менше ніж на один крок від своєї попередньої ціни.

Розмір мінімального кроку пониження ціни під час електронного аукціону складає XX %

Краще вчитись на чужих помилках. Тому, з огляду на практику оскарження АМКУ та наші поради щодо застосування норм Закону про публічні закупівлі, ваші закупівлі проходитимуть швидко, ефективно та без перешкод!