

(Не)відкриті реєстри та (не)аналогічний договір: короткий опис рішення суду

Єдиний державний реєстр судових рішень було закрито для загального доступу 24.02.2022, у день, коли почалась збройна агресія російської федерації проти України, з метою безпеки та захисту від кібератак загарбників. При цьому нещодавно, 20.06.2022, Державна судова адміністрація України відновила загальний доступ до Єдиного державного реєстру судових рішень та роботу сервісу «Стан розгляду справ».

Тепер у порталі RADNUK.COM.UA з'явилася довгоочікувана можливість аналізувати для вас судову практику щодо проведення закупівель під час воєнного стану. Так, у матеріалах «[\(Не\)відкриті реєстри: практика ДАСУ](#)» та «[Замовник виправдовує порушення воєнним станом: позиція ДАСУ](#)» ми розглядали встановлені Держаудитслужбою під час моніторингу порушення вимог частини 7 статті 33 Закону України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон): «Замовником не відхилено тендерну пропозицію переможця, яким не надано документи, що підтверджують відсутність підстав, установлених статтею 17 Закону».

Водночас на час проведення та завершення моніторингу вільний публічний доступ до вказаних реєстрів був відсутній (обмежений у зв'язку з технічними роботами, спрямованими на максимальне посилення захисту даних в умовах воєнного стану). Аргументи замовника та посилання на воєнний стан не впливають на висновок моніторингу. Держаудитслужба в сукупності виявлених порушень без жодних поблажок зобов'язує замовника розірвати договір про закупівлю».

Сьогодні ми пропонуємо вам ознайомитися з рішенням щодо відповідності переможця статті 16 та статті 17 Закону. Позивач, зокрема, пояснює, що доступ до відкритих джерел тимчасово обмежений через збройну агресію російської федерації проти України. Держаудитслужба не зважає на пояснення замовника та зобов'язує розірвати укладений договір про закупівлю. На чий бік стане суд у такій непростій ситуації? Читайте далі.

Рішення Дніпропетровського окружного адміністративного суду від 17.06.2022 у справі № 160/6311/22

Предмет спору. Замовник (позивач) звернувся до суду з адміністративним позовом до Держаудитслужби (відповідач) про визнання протиправним та скасування висновку про результати моніторингу, у якому просить визнати протиправним та скасувати висновок Держаудитслужби від 13.04.2022 про результати моніторингу процедури закупівлі UA-2021-10-11-011559-b (ID моніторингу: UA-M-2022-04-01-000005).

Предмет закупівлі: ДСТУ Б.Д.1.1-1:2013 – Реконструкція стадіону ЗОШ № 9 (ДК 021:2015:

45454000-4 – Реконструкція).

Очікувана вартість: 32 949 792,00 грн.

Встановлено Держаудитслужбою порушення: виявлені порушення в частині визначення вказаного учасника переможцем тендеру та укладення з ним договору про закупівлю (порушення вимог пункту 1 частини 1 статті 31 та частини 7 статті 33 Закону).

Також у висновку наявне зобов'язання вжити заходів щодо розірвання укладеного за результатами тендеру договору про закупівлю з дотриманням норм Господарського кодексу України та Цивільного кодексу України зокрема, але не виключно, шляхом письмового звернення до ТОВ «Б» щодо розірвання договору про закупівлю.

Коротка позиція суду:

Щодо аналогічного договору. Чинне законодавство не містить визначення поняття «аналогічний договір», тож суд дійшов висновку, що в кожному конкретному випадку замовник самостійно визначає перелік документів, якими учасник повинен підтвердити свою відповідність зазначеному кваліфікаційному критерієві, виходячи зі специфіки предмета закупівлі. У даному випадкові межі критерію «аналогічний договір» визначено, виходячи зі специфіки предмета закупівлі.

Щодо ненадання переможцем тендеру документів за статтею 17 Закону та обов'язок, покладений ДАСУ на замовника, розірвати договір про закупівлю у зв'язку із цим. На переконання суду, такий захід реагування у вигляді зобов'язання розірвати укладений договір про закупівлю є виключним заходом, обрання якого є можливим у разі, якщо виявлені порушення реально створюють загрозу корупційних дій і зловживань. У даному випадкові зауваження Держаудитслужби, зазначені в оскаржуваному висновку, не пов'язані із забезпеченням ефективного та прозорого здійснення закупівель, створення конкурентного середовища у сфері публічних закупівель, запобігання проявам корупції у цій сфері, розвитком добросовісної конкуренції.

Коментар редакції: якщо ви проводите процедури закупівель у період воєнного стану, то маєте гарну нагоду завантажити всі необхідні приклади документів за статтею 17 Закону на Раднику, навіть приклад протоколу розгляду документів переможця за статтею 17 Закону!

Хто бажає отримати більш докладну інформацію щодо цієї справи — запрошуємо до читання далі.

Щодо відповідності переможця кваліфікаційним

критеріям згідно зі статтею 16 Закону

Позиція Держаудитслужби. Підтвердження виконання договору про закупівлю від 26.10.2020 № 26/10-20, поданого в складі тендерної пропозиції ТОВ «Б» / переможця з предметом закупівлі, предметом якого є ДК 021:2015 45453000-7 Капітальний ремонт і реставрація (ДСТУ Б.Д.1.1-1:2013, Капітальний ремонт покрівлі, що становить складову частину житлового будинку) як підтвердження відповідності кваліфікаційному критерієві (наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного за предметом закупівлі договору), не підтверджує досвіду виконання аналогічного за предметом закупівлі договору, **оскільки предмет зазначеного договору не є аналогічним предмету закупівлі** ДСТУ Б.Д.1.1-1:2013 – Реконструкція стадіону ЗОШ № 9 (ДК 021:2015: 45454000-4 – Реконструкція), об'єктом будівництва є споруда (штучно створений об'ємний, площинний або лінійний об'єкт, що має природні або штучні просторові межі, призначений для досягнення певних цілей, п. 3.22 ДБН А.2.2-3-2014).

Відповідно до пункту 1 частини 1 статті 31 Закону замовник відхиляє тендерну пропозицію в разі, якщо учасник процедури закупівлі не відповідає кваліфікаційним (кваліфікаційному) критеріям, установленим статтею 16 Закону.

На порушення пункту 1 частини 1 статті 31 замовником не відхилено тендерну пропозицію ТОВ «Б», а укладено з ним договір про закупівлю від 22.11.2021 № 411/11-21 вартістю 32 870 403,72 гривень.

Зважаючи на порушення, Держаудитслужба зобов'язує здійснити заходи щодо усунення порушення вимог пункту 1 частини 1 статті 31 та частини 7 статті 33 Закону, а саме вжити заходи щодо розірвання укладеного за результатами тендеру договору з дотриманням норм Господарського кодексу України та Цивільного кодексу України.

Позиція замовника / позивача. Замовник має право визначати предмет закупівлі (для окремих частин, лотів) за четвертою-восьмою цифрою ДК 021:2015, за обсягом, номенклатурою, місцем поставки товарів, виконання робіт або надання послуг. А учасники зобов'язані виконати лише зазначені в тендерній документації замовника вимоги.

На виконання умов тендерної документації учасником ТВО «Б» було надано всі необхідні документи, зокрема надано довідку про виконання учасником аналогічного договору, у якій вказано договір, предметом якого є: *ДК 021:2015 45453000-7 Капітальний ремонт і реставрація, а отже, аналогічний договір відповідає предмету закупівлі за четвертою цифрою ДК 021:2015.*

Позиція суду. Висновок Держаудитслужби зроблено, виходячи з того, що за предметом досліджуваної закупівлі «Реконструкція стадіону ЗОШ № 9» відповідно до визначень ДБН А.2.2-3-2014 **об'єктом будівництва є споруда** (штучно створений об'ємний, площинний або лінійний об'єкт, що має природні або штучні просторові межі, призначений для досягнення певних цілей, п. 3.22 ДБН А.2.2-3-2014).

Водночас об'єктом будівництва за предметом закупівлі договору від 26.10.2020 № 26/10-20, поданого ТОВ «Б» для підтвердження кваліфікаційної вимоги щодо досвіду виконання аналогічних робіт, є частина будинку, будівлі, споруди (визначена проєктною документацією на реконструкцію або капітальний ремонт частина існуючого об'єкта, введеного в експлуатацію в установленому порядку, п. 3.25 ДБН А.2.2-3-2014).

Судом встановлено, що в тендерній документації щодо відкритих торгів на закупівлю робіт з реконструкції стадіону ЗОШ № 9, а саме пунктом 5 тендерної документації, встановлено кваліфікаційні критерії до учасників та вимоги, встановлені статтею 16 Закону, а саме те, що учасник процедури закупівлі повинен документально підтвердити свою відповідність таким кваліфікаційним критеріям: *наявність в учасника процедури закупівлі обладнання, матеріально-технічної бази та технологій; наявність в учасника процедури закупівлі працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід; наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного (аналогічних) за предметом закупівлі договору (договорів); наявність фінансової спроможності, яка підтверджується фінансовою звітністю.*

Таким чином, замовником самостійно в тендерній документації висунуто вимогу щодо наявності в учасника процедури закупівлі працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід; наявності документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного (аналогічних) за предметом закупівлі договору (договорів).

Суд наголошує, що Законом не встановлено вичерпного переліку документів, що можуть вимагатись замовником на підтвердження того чи іншого кваліфікаційного критерію, передбаченого статтею 16 Закону. При цьому одним з основних кваліфікаційних критеріїв є наявність в учасників документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного договору. Водночас **чинним законодавством не передбачено вимог щодо документів, якими виконання учасником аналогічного договору може бути підтверджено обмеження їх кількості тощо.**

Водночас чинне законодавство не містить визначення поняття «аналогічний договір», тому суд дійшов висновку, що в кожному конкретному випадкові замовник самостійно визначає перелік документів, якими учасник повинен підтвердити свою відповідність зазначеному кваліфікаційному критерієві, виходячи зі специфіки предмета закупівлі. У даному випадку межі критерію «аналогічний договір» визначені, виходячи зі специфіки предмета закупівлі.

Щодо відповідності переможця статті 17 Закону

Позиція Держаудитслужби. Нормою частини 6 статті 17 Закону імперативно визначено обов'язок переможця надати замовнику, шляхом оприлюднення в електронній системі закупівель, документи, які підтверджують відсутність відповідних підстав, визначених,

зокрема, пунктами 2, 3, 5, 6, 8, 12 і 13 частини 1 цієї статті.

Водночас проведеним моніторингом встановлено, що з недотриманням вимог частини 6 статті 17 Закону переможцем тендеру ТОВ «Б» у визначений Законом термін не надано замовнику шляхом оприлюднення в електронній системі закупівель документи, що підтверджують відсутність підстав, визначених пунктами 2, 3 та 8 частини 1 статті 17 Закону.

Відповідно до частини 7 статті 33 Закону у разі ненадання переможцем процедури закупівлі документів, що підтверджують відсутність підстав, установлених статтею 17 цього Закону, замовник відхиляє тендерну пропозицію такого учасника, визначає переможця процедури закупівлі серед тих учасників, строк дії тендерної пропозиції яких ще не минув.

На порушення вимог частини 7 статті 33 Закону замовником не відхилено тендерну пропозицію переможця тендеру ТОВ «Б», яким не надано документи, що підтверджують відсутність підстав, установлених статтею 17 цього Закону (пункти 2, 3, 8 частини першої), а укладено зі вказаним переможцем договір про закупівлю.

Замовник на запит Держаудитслужби під час моніторингу повідомив, що замовник самостійно перевіряв інформацію, яка міститься у відкритих реєстрах (Єдиний державний реєстр осіб, які вчинили корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення та Єдиний державний реєстр юридичних осіб, фізичних осіб — підприємців та громадських формувань) пунктів 2, 3, 9 частини першої статті 17 Закону.

Однак на запит Західного офісу Держаудитслужби замовником до моніторингу **не надано жодного документального підтвердження здійснення ним такої перевірки**. Слід зазначити, що здійснити перевірку наявної в Єдиному державному реєстрі осіб, які вчинили корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення (за посиланням: <https://nazk.gov.ua/uk/reyestr-koruptsioneriv/>) та Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань (за посиланням: <https://usr.minjust.gov.ua/content/free-search>) інформації щодо ТОВ «Б» під час моніторингу не вдалося можливим, оскільки на час проведення та завершення моніторингу вільний публічний доступ до вказаних реєстрів був відсутнім (обмежений у зв'язку з технічними роботами, спрямованими на максимальне посилення захисту даних в умовах воєнного стану).

З огляду на порушення Держаудитслужби зобов'язує здійснити заходи щодо усунення порушення вимог пункту 1 частини 1 статті 31 та частини сьомої статті 33 Закону, а саме вжити заходи щодо розірвання укладеного за результатами тендеру договору з дотриманням норм Господарського кодексу України та Цивільного кодексу України.

Позиція замовника / позивача. Наголошує, що не може вимагати документального підтвердження публічної інформації від кандидата під час публічних торгів, оскільки така інформація може бути перевірена із відкритих джерел та/або міститься у відкритих єдиних державних реєстрах. Та через збройну агресію російської федерації проти України

доступ до таких джерел тимчасово обмежений. Отже, позивач вказує, що він не припустився порушень Закону, вважає висновок Держаудитслужби протиправним та просить його скасувати.

Позиція суду. Суд посилається на лист Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України (Мінекономіки) № [3304-04/34835-06 від 03.06.2020](#), надісланий органам державної влади, органам місцевого самоврядування, установам, організаціям, підприємствам та іншим суб'єктам сфери публічних закупівель, де роз'яснено застосування [статті 17 Закону](#) і де, зокрема, зазначено:

«...Щодо підстав, передбачених пунктами 2, 3, 4, 8, 9, 10, 11 частини першої статті 17 Закону:

Підтвердження щодо відсутності підстав, передбачених пунктами 2, 3, 4, 8, 9, 10, 11 частини першої статті 17 Закону не вимагається від учасників процедури закупівлі та перевіряється замовником самостійно під час проведення процедур закупівель.

Поряд з цим згідно з частиною п'ятою статті 17 Закону **замовник не вимагає від переможця процедури закупівлі документального підтвердження публічної інформації, що оприлюднена у формі відкритих даних згідно із Законом України "Про доступ до публічної інформації" та/або міститься у відкритих єдиних державних реєстрах, доступ до яких є вільним, або публічної інформації, що є доступною в електронній системі закупівель...»**

На переконання суду, такий захід реагування у вигляді зобов'язання розірвати укладений договір про закупівлю є виключним заходом, обрання якого є можливим у разі, якщо виявлені порушення реально створюють загрозу корупційним діям і зловживанням.

У даному випадкові зауваження Держаудитслужби, зазначені в оскаржуваному висновку, не пов'язані із забезпеченням ефективного та прозорого здійснення закупівель, створення конкурентного середовища у сфері публічних закупівель, запобігання проявам корупції у цій сфері, розвитком добросовісної конкуренції.

Керуючись статтями 2, 72-77, 139, 243-246, 255, 262 Кодексу адміністративного судочинства України, суд вирішив:

Адміністративний позов замовника до Держаудитслужби про визнання протиправним та скасування висновку про результати моніторингу задовольнити в повному обсязі, визнати протиправним та скасувати Висновок Держаудитслужби від 13.04.2022 про результати моніторингу процедури закупівлі UA 2021-10-11-011559-b (ID моніторингу: UA M-2022-04-01-000005).

Стягнути з Держаудитслужби судові витрати з оплати судового збору в розмірі 2 481,00 грн (дві тисячі чотириста вісімдесят одна гривня 00 копійок).

Для вашої зручності приклад позовної заяви до суду — у матеріалі [«Приклад позовної заяви на оскарження рішення Колегії»](#). Також обов'язково користуйтеся [Покроковим](#)

алгоритмом дій замовника під час моніторингу.

Більше важливої інформації про закупівлі під час війни читайте на порталі [RADNUK.COM.UA](https://radnuk.com.ua) в розділі «Воєнний стан».