

Скарги та закупівлі. Правило обґрунтування наявності порушених прав: передумови та суть

Продовжуючи серію публікацій про підходи, які я використовую під час роботи в Постійно діючій адміністративній колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (надалі — Колегія), пропоную поговорити про ще одне правило — **обґрунтування наявності порушених прав**, яке не всі скаржники та замовники до кінця розуміють, що призводить як до втрати можливості оскаржити ті чи інші рішення, дії або бездіяльність замовників до Колегії, так і до безпідставних сумнівів у неупередженості та законності її рішень.

Перед тим, як перейти до детального опису, традиційно зауважу, що нижче описане не можна сприймати як офіційне роз'яснення, тлумачення чи обов'язкове правило під час розгляду скарг. Адже рішення, нагадую, приймають колегіально. Кожен член Колегії має право на власну думку, свій підхід до правозастосування та голосує за внутрішнім переконанням.

Уперше норма про необхідність обґрунтування скаржником наявності порушених прав та охоронюваних законом інтересів з'явилась у Законі України «Про здійснення державних закупівель» після внесення змін до нього 15.09.2015, а вже потім була також імплементована в Закон України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон).

Приводом для «народження» норми був так званий **тендерний тролінг**. Зазначеного терміна немає в нормах чинного законодавства. Це дефініція, яку використовують у закупівельній сфері як розмовну. І якщо ви запитаете, хто такий тендерний троль, то навряд чи вам хтось зможе дати чітку й точну відповідь на це питання. У цій публікації я **використовуватиму такий термін щодо компаній, які оскаржують ті чи інші вимоги тендерної документації без наміру в подальшому брати участь у закупівлі або за відсутності порушення їхніх прав та інтересів**. Мета таких оскаржень може бути різною, про що йтиметься далі.

Мета тендерного тролінгу

Професійний тролінг.

Компанія заробляє на оскарженні, тобто скаргу подають задля подальшого шантажу замовника або іншого учасника та вимагання в них грошових коштів або інших преференцій за відкликання скарги. Боротьбою з таким видом тролінгу повинні займатись передусім правоохоронні органи. Але основною передумовою успішної боротьби є принциповість та активність самого замовника чи учасника, які стали жертвою такого тролінгу. Так, учасникам та замовникам **у таких випадках слід**

зафіксувати факт вимагання/шантажу та звернутись до правоохоронних органів із заявою.

Парні торги.

Компанія не має наміру брати участь у закупівлі та фактично скаржиться в інтересах іншої компанії, яка й буде учасником. Такий вид тролінгу з'явився переважно як реакція бізнесу на негативні наслідки для нього, які може спричинити оскарження. Так, наприклад, скаржник може зіткнутися з поширенням негативної інформації в ЗМІ про нього (як про компанію, що заважає замовникові вчасно закупити вкрай необхідні товари, роботи або послуги). Також компанії-скаржники можуть відчувати на собі певний тиск з боку різних суб'єктів процесу задля відкликання скарги тощо. Це (і не тільки) може спонукати реального учасника залучити компанію-пару, яку він використає не для участі в закупівлі як технічного учасника, а для оскарження з метою мінімізації репутаційних та інших ризиків (як **технічного скаржника**). Боротьба з таким видом тролінгу насамперед полягає в боротьбі з причинами його появи. **У цьому випадкові насамперед ідеться про правову культуру задіяних у закупівлях суб'єктів і про рівень правосвідомості громадськості.** Оскарження до Колегії — це право бізнесу, та навряд чи є потреба та необхідність популяризації думки про скаржників, як про негативних елементів, що заважають проводити закупівлі з дотриманням принципів максимальної економії та ефективності.

Тролінг для затягування.

Вид тролінгу, який може бути використаний бізнесом для штучного продовження відведеного часу на подання пропозицій. Так, компанії можуть або фізично не встигати підготуватись до закупівлі, або перебувати в певних сумнівних з правового погляду перемовинах із замовником. Звернення у таких випадках компанії до замовника з проханням продовжити строк подання тендерних пропозицій у більшості випадків буде неуспішним. Тому такі компанії можуть застосувати інструмент оскарження виключно з метою штучного подовження часу, адже закупівля на період оскарження призупиняється. Це **той вид тролінгу, який найскладніше виявити, крім випадків, коли скаржник сам не прописав (фактично не вигадав) у скарзі, які його права порушено.**

Зазначені вище види тендерного тролінгу на оскарженні є умовними та перелік не є виключним.

Однак вони є найбільш поширеними. Бувають випадки, коли і добросовісні учасники, не маючи достатніх знань та досвіду щодо оскарження, наступають на граблі та в результаті

отримують рішення Колегії про залишення скарги без розгляду, оскільки та не містить обґрунтування порушених прав скаржника. Зазвичай таке рішення має для скаржників важливе негативне значення, оскільки вони втрачають узагалі можливість у подальшому подати скаргу (з огляду на стислі строки на оскарження та неможливість їх продовження у випадку пропуску), незважаючи на поважність причин. Тож якщо та чи інша вимога, яку мав намір оскаржити потенційний учасник, перешкоджає йому взяти участь у закупівлі, то невдалий скаржник втрачає не тільки право на оскарження, а й можливість перемогти в торгах.

Тому ці поради адресовані саме таким добросовісним потенційним учасникам-скаржникам. Нижче спробую пояснити, **що повинна містити скарга на умови/вимоги тендерної документації задля того, аби мінімізувати можливість залишення її без розгляду через відсутність обґрунтування порушених прав та щоб Колегія не прийняла вас за тендерного троля.**

Відсутність обґрунтування порушених прав як підстава залишення скарги без розгляду

Спочатку процитую норми Закону, які стосуються описаної проблематики.

Ч. 1 ст. 18 Закону: «Скарга повинна містити таку інформацію: ...обґрунтування наявності порушених прав та охоронюваних законом інтересів з приводу рішення, дії чи бездіяльності замовника, що суперечать законодавству у сфері публічних закупівель і внаслідок яких порушено право чи законні інтереси такої особи...»

Ч. 4 ст. 18 Закону: «Орган оскарження залишає скаргу без розгляду в разі, якщо: ...скарга не відповідає вимогам частини першої або другої цієї статті...»

Ч. 3 ст. 8 Закону: «Антимонопольний комітет України як орган оскарження з метою неупередженого та ефективного захисту прав та законних інтересів осіб, пов'язаних з участю у процедурах закупівлі, утворює постійно діючу адміністративну колегію (колегії) з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель».

Якщо умовно розібрати ці норми на традиційну юридичну конструкцію правопорушення, то маємо викладене далі.

Об'єкт порушення: права та охоронювані законом інтереси осіб, пов'язані з участю в процедурах закупівлі.

Суб'єкт порушення: замовник.

Об'єктивна сторона порушення: рішення, дії чи бездіяльність замовника, що суперечать законодавству у сфері публічних закупівель.

Наслідки: порушення прав та охоронюваних законом інтересів осіб, пов'язаних з участю в процедурах закупівлі.

Обґрунтування порушених прав скаржника як обов'язкова складова скарги

Так, після описаної в попередньому розділі цієї статті систематизації значно простіше зрозуміти, що повинна містити скарга задля того, аби не було підстав для залишення її без розгляду у зв'язку з відсутністю обґрунтування порушених прав. У скарзі має бути така інформація:

Інформація про те, що скаржник має намір взяти участь у закупівлі.

Коли оскаржують вимоги тендерної документації, Колегія ще не бачить того, братиме чи ні скаржник участь у закупівлі. Тому не завжди є можливість за змістом скарги дійти висновку, що скаржник звертається саме по захист своїх прав чи законних інтересів, пов'язаних з участю у процедурі.

Обґрунтування/пояснення, яким чином та чи інша вимога порушує права скаржника.

Скаржники найчастіше вважають, що якщо вони напишуть про втрати державного бюджету, а не про порушення саме їхніх прав (як бізнесу), то це буде шляхетно. Однак Колегія не залишить це без уваги, бо це ж державний орган, який повинен бути зацікавлений в економії державних коштів. Або ще просто напишуть про порушення замовником законодавства, що, на думку скаржників, повинно спонукати Колегію припинити порушення та відновити законність. Однак при цьому такі скаржники не беруть до уваги те, що **Колегія не є контрольним органом у закупівельній сфері**. Для цього створена та функціонує низка інших державних органів. **Колегія є тільки органом оскарження**, який створено для неупередженого та ефективного захисту прав та законних інтересів осіб, пов'язаних з участю у процедурах закупівлі. Часто Колегію називають «квазі-судом» саме через це. Бо **фактично її завдання — урівноважити «владу» замовників над закупівлею, адже саме замовникам об'єктивно належить більша кількість повноважень у цій сфері, та стати швидким інструментом захисту прав учасників від порушень замовників**. Тому в скарзі обов'язково повинно бути зазначено, що саме ваші права та законні інтереси як суб'єкта оскарження порушено, а також пояснення/обґрунтування таких порушень.

Інформація/обґрунтування/пояснення щодо конкретних рішень, дій чи бездіяльності замовника, що суперечать законодавству у сфері публічних закупівель.

Не будь-яке порушення замовником прав бізнесу є та може бути приводом для



звернення по захист порушених прав чи законних інтересів до Колегії. Так, ваші права та законні інтереси можуть бути порушені, і вони навіть будуть пов'язані з участю в процедурі закупівлі. Однак таке порушення має бути кваліфіковане саме як порушення законодавства у сфері закупівель. Тобто фактично вам потрібно прописати в скарзі, які саме рішення, дії чи бездіяльність замовника порушують ваші права та законні інтереси, пов'язані з участю в процедурі закупівлі, та зазначити, яким нормам законодавства у сфері публічних закупівель суперечать такі рішення, дії чи бездіяльність замовника.

Як бачите, усе доволі просто, якщо знати все написане вище та використовувати його. Сподіваюсь, що завдяки цьому матеріалові кількість залишених без розгляду скарг потенційних учасників закупівель через відсутність обґрунтування наявності порушених прав зменшиться. Вдалих вам закупівель!