

# Свій до свого по-своєму, або Пов'язані особи у публічних закупівлях (частина 2)

У статті, яка вийшла друком у минулому випуску журналу № 6 (81) за червень 2018 року на стор. 10–24 та має назву «Свій до свого по-своєму, або Пов'язані особи в публічних закупівлях (частина 1)», ми досліджували питання пов'язаності осіб у публічних закупівлях. У цьому ж матеріалі продовжимо розглядати дану тему та поговоримо про те, як виявити та відхилити пов'язаних осіб, а також про те, що буде з тими, хто чи через незнання чи з недбалості не чинить за нормою закону, а покладається на «якось воно буде», та звернемо увагу на окремі нюанси щодо можливої пов'язаності осіб.

## Коли перевіряємо?

Відповідно до абзацу 3 частини 3 **статті 17 Закону України «Про публічні закупівлі»** (далі — Закон, Закон про публічні закупівлі) **замовник не вимагає від учасників документів, що підтверджують відсутність підстав, визначених пунктами 1 і 7 частини першої цієї статті.** Зважаючи на безумовний обов'язок відхилити пропозиції пов'язаних учасників, вказана норма є щонайменше дивною, адже, на перший погляд, з'ясувати пов'язаність учасників замовник зможе хіба що завдяки магічному видінню. Та насправді не все так погано.

Відповідно до пункту 35 частини 1 статті 1 Закону про публічні закупівлі учасник процедури закупівлі (далі — учасник) — фізична особа, у тому числі фізична особа-підприємець, юридична особа (резидент або нерезидент), яка подала тендерну пропозицію або взяла участь у переговорах у разі застосування переговорної процедури закупівлі. При цьому у звичайному тендері замовник довідається про коло учасників лише після завершення аукціону, саме тоді відповідно до частини 1 статті 27 Закону про публічні закупівлі відбувається розкриття тендерних пропозицій. До цього часу замовник не знає, хто зголосився на участь у тендері і які документи надав (частина 2 статті 28 Закону про публічні закупівлі), а отже й перевірити питання пов'язаності, так би мовити, наперед, не зможе. Натомість **під час розгляду найбільш економічно вигідної пропозиції, тобто в період між завершенням аукціону і до прийняття рішення про намір укласти договір (від 5 до 20 робочих днів) замовник перевірятиме пропозиції учасників у тому числі й на пов'язаність.**

Нагадаємо, що відповідно до частини 4 статті 28 Закону про публічні закупівлі після оцінки пропозицій замовник розглядає тендерні **пропозиції на відповідність вимогам тендерної документації** з переліку учасників, починаючи з учасника, пропозиція якого за результатом оцінки визначена найбільш економічно вигідною. Кожна тендерна документація відповідно до пункту 2 частини 2 статті 22 та частини 3 статті 17 Закону про публічні закупівлі містить вимогу щодо надання в довільній формі інформації про

відсутність підстав, визначених, зокрема, у пункті 7 частини 1 статті 17 цього Закону. На виконання вказаної вимоги учасники надають довідки, якими запевняють замовника, що не є пов'язаними особами в розумінні Закону про публічні закупівлі. Ненадання такої довідки спричиняє відхилення пропозиції як такої, що не відповідає вимогам тендерної документації, на підставі пункту 4 частини 1 статті 30 Закону про публічні закупівлі. Якщо ж довідку надано, то замовник має право негайно перевірити достовірність наведених у ній даних **щодо відповідності вимогам тендерної документації, зокрема правдивості наданої інформації**. Про це свідчить частина 7 статті 28 Закону про публічні закупівлі.

У торгах з публікацією англійською мовою замовник отримує доступ до нецінової частини тендерної пропозиції до проведення аукціону. Оскільки **в торгах з публікацією англійською мовою** розгляд пропозицій передуює їх оцінці, а інші правила проведення тендерів застосовують у загальному порядку, то **замовник має право перевіряти відсутність відносин пов'язаності в будь-який час, щойно отримає доступ до нецінової частини тендерної пропозиції відповідно до частини 5 статті 28 Закону про публічні закупівлі**.

На підтвердження твердження про те, що замовник має право вимагати у складі пропозиції учасника довідку довільної форми про відсутність підстав для відхилення (зокрема, згідно з пунктом 7 частини 1 статті 17 Закону), далі пропонуємо увазі читачів витяг з рішення Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель.



**Витяг з рішення Колегії АМКУ № 3761-р/пк-пз від 20.04.2018 (оголошення № [UA-2018-03-02-000356-a](#))**

Скаржник повідомляє про порушення Замовником порядку проведення Процедури закупівлі та просить, зокрема, зобов'язати Замовника скасувати рішення про визначення переможця Процедури закупівлі.

Скаржник зазначає, що відповідно до частини третьої статті 17 Закону Замовник не вимагає від учасників документів, що підтверджують відсутність підстав, визначених пунктами 1 і 7 частини першої цієї статті.

За твердженням Скаржника, Замовник незаконно відхилив тендерну пропозицію Скаржника з підстави відсутності інформації в гарантійному листі згідно з пунктами 1 та 7

частини першої статті 17 Закону.

Скаржник звертає увагу на те, що норма, яка міститься у частині третій статті 17 Закону, носить імперативний характер та не підлягає розширеному тлумаченню.

Замовник у своїх поясненнях по суті Скарги зазначає, що підпунктом 3.5.5 пункту 5 розділу III тендерної документації **вимагалось надати гарантійний лист, про відсутність підстав для відмови в участі у процедурі закупівлі (з їх зазначенням), що визначені у частинах першій та частині другій статті 17 Закону. Замовником не встановлено у тендерній документації можливість не надавати будь-яку інформацію з будь-якого пункту статті 17 Закону. Відповідно до частини третьої статті 17 Закону, замовник у тендерній документації зазначає, що інформація про відсутність підстав, визначених у частинах першій і другій цієї статті, надається в довільній формі.**

У ході розгляду зазначеного питання встановлено наступне.

Відповідно до підпункту 3.5.5 пункту 5 розділу III Документації для підтвердження відсутності підстав відмови в участі у процедурі закупівлі, учаснику необхідно надати, зокрема, гарантійний лист, про відсутність підстав для відмови в участі у процедурі закупівлі (з їх зазначенням), що визначені у частині першій та частині другій статті 17 Закону.

Відповідно до частини третьої статті 17 Закону **Замовник не вимагає від учасників документів**, що підтверджують відсутність підстав, визначених пунктами 1 і 7 частини першої цієї статті.

**У складі тендерної пропозиції Скаржника міститься гарантійний лист, в якому ТОВ «Лайт Енд Відео Компані» підтверджує відсутність підстав відмови в участі у процедурі закупівлі згідно з статтею 17 Закону.**

**Разом з тим, вказаний вище лист не містить інформації стосовно відсутності підстави для відмови в участі в торгах, передбаченої пунктом 1 частини першої статті 17 Закону.**

Враховуючи наведене, тендерна пропозиція ТОВ «Лайт Енд Відео Компані» була правомірно відхилена Замовником як така, що не відповідає умовам тендерної документації, зокрема, з наведеної вище підстави.

---

І хоча (як демонструє нам це рішення Колегії) в даному випадкові проблема полягала в ненаданні учасником інформації, яку замовник вимагав у тендерній документації (згідно з пунктом 1 статті 17 Закону), однак це рішення наочно демонструє можливість та право замовника вимагати від учасника **інформацію** про відсутність підстав для відхилення згідно з частиною 1 (у повному обсязі, тобто включаючи пункт 1 та пункт 7) та частиною 2

статті 17 Закону.

## Як виявити пов'язаність?

Мало знати, у чому полягає пов'язаність осіб. Не менш важливо те, як її помітити. Ми вже вказали, що строк, відведений замовникові для можливості з'ясувати питання пов'язаності учасника, що надав найбільш економічно вигідну пропозицію, розпочинається з дня проведення аукціону. Частина 4 статті 28 Закону України про публічні закупівлі встановлює, що замовник розглядає тендерні пропозиції на відповідність вимогам тендерної документації з переліку учасників, **починаючи з учасника, пропозицію якого за результатом оцінки визначено найбільш економічно вигідною**. Та чи багато можна побачити, досліджуючи документи лише одного учасника? І чи унеможлиблює вказана норма одночасне дослідження всіх пропозицій?

На наш погляд, документи одного учасника (якщо він пов'язаний з іншим учасником) скажуть небагато, адже необхідні відомості не завжди лежать на поверхні: не щоразу пов'язані особи матимуть, наприклад, схожі назви чи однакові прізвища. При цьому після завершення аукціону розкривається нецінова частина тендерних пропозицій усіх учасників, тож замовник отримує доступ до всієї інформації, наданої учасниками тендеру. За таких обставин можна стверджувати, що частину 4 статті 28 Закону про публічні закупівлі не слід розуміти як таку, що вимагає виключно послідовного дослідження поданих документів, оскільки інакше б пропозиції розкривалися б перед замовником не одночасно, а послідовно: друга пропозиція розкривалася б після відхилення першої, третя — після відхилення другої і т. д. Однак **замовник одразу отримує доступ до всієї інформації, наданої учасниками процедури закупівлі. А отже, має всі можливості і право розглядати найбільш економічно вигідну пропозицію разом з документами, поданими іншими учасниками**.

Зазначене є особливо важливим через те, що дослідження практики Антимонопольного комітету України свідчить: відносини контролю визначаються не лише за даними Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців і громадських формувань та Єдиного державного демографічного реєстру. Насамперед впадає у вічі подібність в оформленні документів різних учасників: однаковий формат, стилістичне та орфографічне оформлення документів (за відсутності шаблонів у складі тендерної документації та відповідних вимог державних стандартів), однаковий зміст документів довільної форми, однакові помилки, послідовні номери довідок, листів і т. д., рахунки у тих самих банківських установах, видані однією банківською установою гарантії (особливо тоді, коли учасники не мають у ній рахунків), ті самі сертифікаційні документи, спільні кадри, постачальники, основні фонди і т. д. З'ясувати ці обставини можна, дослідивши неозброєним оком тендерні пропозиції всіх учасників. Наявність таких збігів свідчить про обмін інформацією на стадії підготовки учасниками своїх пропозицій. При цьому саме обмін інформацією на стадії підготовки пропозицій свідчить про узгоджену поведінку учасників, з чого випливає висновок про координацію поведінки суб'єктів господарювання

з метою створення видимості конкуренції в торгах.

Однак починати слід з даних Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань. Уже поверхневий аналіз реєстраційних даних учасників [назви, адреси, відомості про керівників, кола засновників (учасників) та кінцевих бенефіціарних власників] може виявити ознаки пов'язаності. Для глибшого аналізу замовникові доведеться зазирнути до статутних документів учасників (статути, установчі договори і т. д.), адже саме в статутних документах буде інформація, що ідентифікує засновників юридичних осіб. На додачу до відображених у ЄДР прізвища, імені, по батькові та адреси фізичної особи-засновника, у статуті буде вказано ще й її ідентифікаційний код. А вже тоді слід братися за документи, що підтверджують відповідність кваліфікаційним вимогам. Їх аналіз дасть можливість виявити учасників, що пов'язані правочинами, персоналом та/або матеріально-технічною базою.

До речі, для з'ясування ймовірної пов'язаності учасників не зайвим буде озирнутися в минуле — на попередні закупівлі замовника, оскільки про пов'язаність учасників може свідчити і «карусель переможців». Вона існує, зокрема, за наявності відомої підприємницькому загалові програми закупівель, що передбачає проведення протягом певного часу сукупності конкурсних процедур із закупівлі однакових або схожих товарів, робіт чи послуг. При цьому в усіх конкурсних процедурах бере участь одна і та ж чи майже одна й та ж група учасників, які по черзі перемагають (наприклад, див. постанову Львівського апеляційного господарського суду від 23.05.2016 у справі № [909/115/16](#)). Для замовника «карусель переможців» у його закупівлях має стати тривожним дзвіночком: справжня конкуренція на тендерах відсутня, тож вони не такі ефективні, якими могли б бути.

## Документальне підтвердження пов'язаності осіб

Нагадуємо, що замовник — не орган державного контролю, тож хтосна-яких розслідувань діяльності учасників закупівель від нього не вимагають. Однак будь-яке рішення замовника має бути обґрунтованим. На що можна посилатися при обґрунтуванні пов'язаності та хто це повинен робити?

Оскільки рішення стосовно відхилення пов'язаних учасників приймає тендерний комітет (уповноважена особа), то і доводити таку пов'язаність — завдання тендерного комітету (уповноваженої особи) згідно з розподілом обов'язків, установленим його головою. Допомогти в цій справі може юридична служба чи підрозділ внутрішнього аудиту (залежно від визначеного замовником порядку функціонування його тендерного комітету/уповноваженої особи), однак відповідальність залишатиметься на тендерному комітеті (уповноваженій особі).

Оскільки рішення про відхилення може бути оскаржено до Органу оскарження і далі до суду, замовникові слід доводити підстави для цього рішення учасникові так, наче сторони вже в суді. Як доказ пов'язаності учасників використовують не лише дані ЄДР, а й статутні



документи, рішення засновників учасників закупівель, усі інші документи, надані учасниками у складі тендерних пропозицій, — довіреності, довідки про кадровий склад, матеріально-технічну базу, досвід виконання попередніх договорів і т. д., дані інших офіційних реєстрів. У нагоді стануть узагальнюючі комерційні сервіси перевірки контрагентів, наприклад [YouControl](#). Відповідна інформація може бути взята і зі звернень зацікавленої громадськості, інших учасників тощо, однак має бути перевірена в офіційних джерелах, про що ми писали у статті «Не все те золото, що блищить, або Сумнівні документи в публічних закупівлях» на сторінках 8–16 у випуску журналу № 2 (77) за лютий 2018 року та у статті «Чутки, плітки та інші “достовірні” відомості, або Хто розкаже про підробку?» на сторінках 12–16 у випуску журналу № 3 (78) за березень 2018 року.

Рішення про відхилення учасника оформлюють відповідним протоколом засідання тендерного комітету. Протокол має містити як підставу для відхилення, так і її обґрунтування, принаймні у стислій формі. Вирішуючи, який обсяг інформації слід відобразити в протоколі, важливо пам'ятати, що протокол і стенограма засідання — різні речі. Якщо на засіданні тендерного комітету розглядали службові записки від юридичної служби та підрозділу внутрішнього аудиту, викривальні листи від зацікавленої громадськості та доповідню від члена тендерного комітету, який це все узагальнив (і все під час палкої дискусії), то це не означає, що протокол повинен містити дослівний виклад усіх зазначених записок, листів та реплік. Цілком достатньо зафіксувати в протоколі досліджені джерела інформації, встановлені за ними обставини та суть прийнятого рішення з посиланням на відповідні норми законодавства. Так замовник, з одного боку, відкрито продемонструє учасникам процедури обґрунтованість свого рішення, а з іншого — убереже учасника, якого відхилили, від спокуси оскаржити власне рішення за формальними ознаками.

## Кого відхиляємо, а кого залишаємо?

Відповідно до пункту 7 частини 1 статті 17 Закону про публічні закупівлі замовник приймає рішення про відмову в участі у процедурі закупівлі та зобов'язаний відхилити тендерну пропозицію учасника в разі, якщо тендерну пропозицію подав учасник процедури закупівлі, який є пов'язаною особою з іншими учасниками процедури закупівлі та/або з членом (членами) тендерного комітету, уповноваженою особою (особами) замовника. Якщо пропозицію подав учасник, пов'язаний з членом (членами) тендерного комітету чи уповноваженою особою (особами) замовника, то відхилення такої пропозиції є простою справою: один протокол — і готово. Хоча й тут є нюанси, а саме: як правильно проголосувати за відхилення пропозиції? Розглянемо різні випадки.

## Випадок 1. Учасник пов'язаний з членом тендерного

## комітету

Примірне положення про тендерний комітет, затверджене наказом Мінекономрозвитку від 30.03.2016 № 557 (з подальшими змінами, далі — Примірне положення № 557), регулює лише загальні правила здійснення повноважень членами тендерного комітету, у тому числі й щодо порядку голосування на його засіданнях. Так, відповідно до пунктів 2.5–2.7 Примірного положення № 557 члени тендерного комітету: забезпечують рівні умови для всіх учасників, об'єктивний та чесний вибір переможця; голосують персонально, тобто не можуть нікому делегувати власні повноваження, наприклад, не мають права направляти замість себе на засідання своїх штатних заступників, помічників чи інших підлеглих; приймають рішення простою більшістю; приймають рішення виключно відкритим голосуванням — жодного таємного волевиявлення, адже в протокол мають бути занесені результати поіменного голосування. Однак **у Примірному положенні № 557 немає ані слова про те, що робити, якщо на голосування буде поставлено питання про визнання учасника чи учасників особами, пов'язаними з членом тендерного комітету.** Чи може такий член тендерного комітету брати участь у голосуванні щодо себе? Чи може такий член тендерного комітету взагалі бути присутнім під час засідань тендерного комітету? Чи може такий член комітету продовжувати виконувати свої функції, якщо серед учасників виявлено пов'язаних з ним осіб?

Оскільки в законодавстві немає окремих правил щодо цього випадку, слід виходити із загальних принципів та правил проведення закупівель. Так, уся ідея публічних закупівель зводиться до створення конкурентного середовища, запобігання проявам корупції, розвитку добросовісної конкуренції, ефективного і прозорого витрачання коштів замовниками (преамбула до Закону про публічні закупівлі). Відповідно до абзацу 3 частини 1 статті 11 Закону про публічні закупівлі, пункту 2.2 Примірного положення № 557 членство в тендерному комітеті або визначення уповноваженої особи (осіб) не повинно створювати конфлікт між інтересами замовника та учасника чи між інтересами учасників процедури закупівлі, наявність якого може вплинути на об'єктивність і неупередженість прийняття рішень щодо вибору переможця процедури закупівлі. Очевидно, що ймовірна пов'язаність учасника і члена тендерного комітету впливатиме на об'єктивність та неупередженість останнього. А тому **при вирішенні питання про наявність такого зв'язку відповідний член тендерного комітету не повинен брати участь у голосуванні.** Порушення цього правила може призвести до того, що саме голос зацікавленого члена тендерного комітету буде вирішальним при голосуванні (адже голосування, нагадаємо, здійснюють простою більшістю голосів). Окрім того, оскільки **зацікавлений член тендерного комітету** буде позбавлений права голосувати, тобто не прийматиме рішення, що є змістом діяльності тендерного комітету, зазначену особу **не потрібно брати до уваги при визначенні кворуму**, тобто мінімально необхідної кількості присутніх для правомочності засідання тендерного комітету. Оскільки керівництво роботою тендерного комітету здійснює його голова, дозволити формальну присутність чи ні на засіданні тендерного комітету його зацікавленого члена — це

питання на розсуд голови тендерного комітету, його заступника чи призначеного замісника в разі, якщо сам голова та його заступник усунуті від прийняття рішення. Якщо зацікавлений член тендерного комітету буде присутнім на засіданні, то відомості про це мають бути внесені до протоколу із застереженням «Без права участі в голосуванні».

Ми щоразу говорили про усунення від голосування та невзяття до уваги при обрахунку кворуму. А чи не легше замовникові, якщо дає можливість штатна чисельність, просто замінити зацікавленого члена тендерного комітету іншою особою? Нема людини — нема проблеми. Можливо, таким чином замовник узагалі вирішить проблему пов'язаності: прибрав сумнівного члена тендерного комітету — і вже про пов'язаність учасника і відхилення його пропозиції не йдеться? Вважаємо, що така хитрість не зовсім законна і так минеться замовникові лише тоді, якщо ніхто не довідається про причину заміни члена тендерного комітету. Річ у тім, що пункт 7 частини 1 статті 17 Закону про публічні закупівлі чітко вказує на обов'язок замовника відхилити пропозицію, якщо її подав учасник, який є пов'язаною особою з членом тендерного комітету чи уповноваженою особою. **Тобто зі змісту закону випливає, що якщо відносини пов'язаності існували на момент подання пропозиції, то така пропозиція має бути відхилена, незалежно від наступних змін у персональному складі тендерного комітету.** Пояснюється це тим, що учасник, який є пов'язаною особою з членом тендерного комітету, не може не знати про цю обставину. А якщо так, то виходить, що цей учасник свідомо йде на тендер, знаючи, що «має свою людину в тендерному комітеті» і що його пропозиція має бути відхилена, однак очікує, що вказана подія не настане. Тобто учасник від початку діє недобросовісно. Якщо замовник за таких обставин замість відхилити пропозицію учасника просто виключить зі складу тендерного комітету пов'язану із цим учасником особу, то він просто накличе на себе цілком справедливий звинувачення в упередженості. Мовляв, зробив усе, що міг, аби лише не відхиляти пропозицію пов'язаної особи.

До речі, зацікавленим членам тендерного комітету краще не чекати, поки стане очевидним їхній зв'язок з учасниками, а заявити самовідвід — самостійно повідомити тендерному комітетові про наявні обставини. Це дасть можливість значно зекономити час та зусилля інших членів тендерного комітету, уберегти їх від неправомірного прийняття пропозиції пов'язаного учасника і пов'язаної із цим відповідальності, усуне ризик визнання договору про закупівлю недійсним. Таке повідомлення доцільно робити в письмовій формі у вигляді доповідної чи службової записки на ім'я голови тендерного комітету (керівника замовника, якщо пов'язаним є сам голова тендерного комітету). Щоб стимулювати відповідальну поведінку членів тендерного комітету, замовник може передбачити описану нами ситуацію та шляхи її вирішення у власному положенні про тендерний комітет.

## **Випадок 2. Учасник пов'язаний з уповноваженою**



## особою

Описані правила загалом підходять і для випадку, якщо в замовника немає тендерного комітету, а роботу з приводу закупівель проводить уповноважена особа, однак з поправкою на засади єдиноначальності в діяльності такої особи. Оскільки учасник, що є пов'язаним з уповноваженою особою, при поданні пропозиції діяв недобросовісно, його пропозиція має бути відхилена. При цьому уповноваженій особі, що після відкриття нецінових частин тендерних пропозицій виявила пов'язаного із собою учасника, доцільно доповісти про цю обставину своєму керівникові (здебільшого це керівник замовника) для прийняття рішення щодо подальшої участі уповноваженої особи в тендері.

Детальніше про організацію роботи тендерного комітету та уповноваженої особи читайте у випуску журналу № 11 (74) за листопад 2017 року на стор. 8-15.

### Випадок 3. Учасники пов'язані між собою

Якщо йдеться про пов'язаність самих учасників між собою [наприклад, у разі взаємної участі в капіталі, спільних засновників (чи засновників-родичів) чи перебування під спільним контролем], то ключове питання є таким: чию пропозицію слід відхилити — когось одного чи всіх пов'язаних? А якщо одного, то як цього одного обрати?

Єдиної думки тут немає. Ще за часів дії Закону України «Про здійснення державних закупівель» спеціалісти не могли дійти згоди: одні рекомендували відхилити всіх пов'язаних учасників без розбору; інші радили залишити пропозицію, подану першою; треті вважали, що слід залишити найдешевшу пропозицію, відхиливши усі інші, і т. д.

**Пропозиції всіх пов'язаних осіб мають бути відхилені одразу без жалю.** Якщо конкуренція на ринку існує, то на повторний тендер неодмінно зголосяться принаймні двоє учасників. Щоб це сталося напевно, ніщо не забороняє замовникові широко рекламувати свої закупівлі, у тому числі персонально запросити конкретних суб'єктів господарювання подати пропозиції. А якщо конкуренція відсутня, то замовник має одразу оголошувати переговори процедуру, у якій питання пов'язаності вже не матиме такого значення.

**Замовник може відхилити всі пропозиції пов'язаних учасників як одним рішенням, так і поступово, присвячуючи кожному учасникові окреме засідання і окремий протокол.** Жодного значення це не має. **Пропозиція останнього учасника з числа пов'язаних осіб має бути відхилена на загальних підставах,** адже те, що його пропозиція остання, не спростовує того факту, що на момент завершення строку подання пропозицій він уже відповідав установленим законом умовам щодо відносин пов'язаності, тобто знав, на що йде, і усвідомлював, що його пропозиція підлягає відхиленню. При цьому замовникові не слід зважати на аргументи, подібні до такого: «Ми ж не знали, хто ще зголосився на тендер, бо подання пропозицій анонімне...» Взаємний обмін інформацією

між пов'язаними особами з наміром спотворити результати торгів — неспростовна презумпція. **Хто що знав, хотів, думав чи мав намір зробити — це замовника не стосується. Важливо лише одне: пов'язані учасники, що прийшли на тендер, не мають права на участь у ньому.**

## Пов'язані особи в закупівлях для потреб оборони

Законом України «Про особливості здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для гарантованого забезпечення потреб оборони» (далі — Закон № 1356) визначено особливості здійснення процедур закупівлі товарів, робіт і послуг Міністерством оборони України та його розвідувальним органом, Міністерством внутрішніх справ України, Службою безпеки України, Національною гвардією України, Національною поліцією України, Державною прикордонною службою України, Службою зовнішньої розвідки України, Державною службою спеціального зв'язку та захисту інформації України, Державною спеціальною службою транспорту, Державною службою України з надзвичайних ситуацій, Управлінням державної охорони України та іншими військовими формуваннями та/або частинами (далі — оборонні замовники), які здійснюють закупівлю товарів, робіт і послуг для гарантованого забезпечення потреб оборони в особливий період, у період проведення антитерористичної операції, у період введення надзвичайного стану (далі — оборонні закупівлі), якщо вартість товарів і послуг дорівнює або перевищує 200 тисяч гривень, а робіт — 1,5 мільйона гривень. Відповідно до частини 2 статті 2 Закону № 1356 закупівлі для потреб оборони здійснюють відповідно до Закону України «Про публічні закупівлі» з огляду на особливості, установлені цим Законом.

Закон № 1356 визначає, що оборонні замовники здійснюють оборонні закупівлі за двома різновидами переговорної процедури:

null

переговорна процедура з підстав, визначених частиною 2 статті 35 Закону про публічні закупівлі, а також у зв'язку з повторною відміною відбору учасників через неподання на відбір жодної цінової пропозиції, за умови незмінності очікуваної вартості предмета закупівлі (у тому числі лота), відбувається за загальними правилами, визначеними Законом про публічні закупівлі;

переговорна процедура з відбором учасників відповідно до Закону № 1356.

У разі проведення переговорної процедури закупівлі першого виду до неї застосовують загальні правила, установлені Законом про публічні закупівлі (частина 2 статті 3 Закону № 1356), у тому числі щодо участі пов'язаних осіб, які ми розглянули вище. Інакше кажучи, тут діє правило: **немає конкуренції — немає заборони на участь у закупівлі пов'язаних осіб.**

У разі проведення переговорної процедури з відбором учасників такий відбір здійснюють

через електронну систему закупівель у порядку, визначеному Законом № 1356. В оголошенні про проведення відбору обов'язково зазначають вимоги, встановлені статтею 17 Закону про публічні закупівлі, та інформацію про спосіб підтвердження відповідності учасників цим вимогам (пункт 12 частини 4 статті 2 Закону № 1356). Кожен учасник у своїй цінній пропозиції має надати інформацію про свою відповідність вимогам, визначеним у статті 17 Закону про публічні закупівлі, включаючи інформацію про кінцевих бенефіціарних власників юридичної особи (крім громадських формувань, адвокатських об'єднань, торгово-промислових палат, об'єднань співвласників багатоквартирних будинків, релігійних організацій, державних органів, органів місцевого самоврядування, їх асоціацій, державних та комунальних підприємств, установ, організацій) (абзац 3 частини 13 статті 3 Закону № 1356). Ненадання учасником документів, що підтверджують відсутність підстав, передбачених статтею 17 Закону про публічні закупівлі, спричиняє неповернення забезпечення цінної пропозиції, а власне невідповідність учасника зазначеним вимогам є підставою для відхилення його пропозиції як до, так і під час проведення переговорів відповідно до пункту 6 частини 1 статті 4, частин 3 і 6 статті 6 Закону № 1356.

Як бачимо, **відбір учасників в оборонних закупівлях є своєрідним аналогом тендеру, передбачає множину учасників, а отже й існування конкуренції. Тож правила щодо участі, а точніше — заборони участі, пов'язаних осіб в оборонних закупівлях при проведенні переговорної процедури з відбором учасників застосовують у загальному порядку.**

## **Пов'язаність осіб у процедурах на кілька лотів**

Нерідко замовники намагаються обійти заборону на участь у закупівлях пов'язаних осіб, розбивши предмет закупівлі на кілька лотів. Мовляв, кожен лот — самостійний предмет закупівлі, і якщо пов'язані особи представлять пропозиції на різні лоти, то і порушення не буде. Однак судова практика не завжди підтримує зазначений підхід, що продемонстрував Київський апеляційний адміністративний суд у Постанові від 06.12.2016 у справі № [826/10870/16](#). **Якщо один предмет закупівлі ділиться на множину однакових за своїми якісними характеристиками лотів, то в разі подання пропозицій пов'язаних осіб на різні лоти суд вкаже на обмеження конкуренції, а отже й порушення у сфері публічних закупівель.** Якби лоти мали більше відмінностей, то суд дійшов би протилежного висновку. Наприклад, якби при закупівлі меблів один лот складали шафи, другий — ліжка, а третій — столи, то можна було б очікувати від суду визнання законним подання пропозицій пов'язаними особами за різними лотами.

## **Пов'язані особи в переговорній процедурі**

Вище вже було сказано, що заборона участі пов'язаних осіб у закупівлях зумовлена

необхідністю підтримувати чесну конкуренцію серед учасників. А що робити із закупівлями, для яких конкуренція заздалегідь обмежена законом, а то й узагалі не передбачена? Так, відповідно до частини 1 статті 35 Закону про публічні закупівлі переговорна процедура закупівлі — це процедура, яку замовник використовує як виняток і відповідно до якої укладає договір про закупівлю з учасником після проведення переговорів з одним або кількома учасниками. **Оскільки для проведення переговорної процедури достатньо і одного учасника, то про конкуренцію тут не йдеться.** Чи застосовують у такому випадкові положення Закону про публічні закупівлі щодо пов'язаних осіб?

Відповідь однозначна: **при проведенні переговорної процедури положення пункту 7 частини 1 статті 17 Закону про публічні закупівлі не застосовують.** І ось чому.

По-перше, як уже було сказано вище, проведення переговорної процедури у п'яти із семи випадків, вказаних у частині 2 статті 35 Закону про публічні закупівлі, не передбачає конкуренції серед потенційних контрагентів. Очевидно, що **неможливо порушити правила конкуренції, якщо нема з кого вибирати.** За таких умов відхилення пов'язаних осіб призвело б до неможливості в законний спосіб придбати необхідні товари, роботи чи послуги і лише спонукало б замовників до пошуку напівлегальних альтернатив.

По-друге, як свідчить абзац 2 частини 1 статті 35 Закону про публічні закупівлі, під час проведення переговорів замовник вимагає від учасника подання ним підтвердженої документально інформації лише про відповідність учасника кваліфікаційним вимогам відповідно до статті 16 цього Закону. Тобто **замовник навіть не вимагає від учасників переговорної процедури документів про відсутність підстав, названих у статті 17 зазначеного Закону.** Водночас існує думка, що **переговорна процедура закупівлі, проведена на підставі пункту 4 частини 2 статті 35 Закону, є винятком зі сказаного правила (оскільки у такій процедурі вимоги до учасника не повинні відрізнятися від вимог, що були визначені замовником у тендерній документації).**

По-третє, стаття 17 Закону про публічні закупівлі входить до розділу III цього Закону «Загальні умови здійснення закупівлі», більшість правил якого стосуються будь-якої процедури закупівлі. Однак **пункт 7 частини 1 цієї статті сформульовано таким чином, що він стосується виключно конкурентних процедур закупівель, тобто всіх, крім переговорної.** Так, у вказаній нормі закону зазначено, що замовник відхиляє саме «тендерну пропозицію». Однак **переговорна процедура не є тендером** (пункт 28 частини 1 статті 35 Закону про публічні закупівлі), **а учасник переговорної процедури не подає тендерну пропозицію — він бере участь у переговорах** (пункт 35 частини 1 статті 1, стаття 35 Закону про публічні закупівлі). Такий підхід відповідає позиції Мінекономрозвитку, викладеній у листі від 24.04.2017 № 3304-06/13652-06 «Щодо застосування статей 17, 32 Закону України «Про публічні закупівлі», та підтверджений у судовій практиці (див. рішення Господарського суду Запорізької області від 22.05.2017 у справі № [908/460/17](#)).

## Хто перевірить пов'язаність осіб?

Насамперед слід підкреслити, **що перевірка щодо пов'язаності — завдання та компетенція замовника, які йому не вдасться перекласти на чужі плечі.** Тому замовникові марно звертатися по роз'яснення, консультації чи правову позицію до органів влади, у тому числі Мінекономрозвитку, Держаудитслужби та Рахункової палати України: від них підказки замовник не дочекається. Про це йшлося ще за часів дії Закону України «Про здійснення державних закупівель» у листах Мінекономрозвитку від 23.03.2016 № 3302-06/8407-07 та від 28.04.2016 № 3302-06/12558-06. І досі нічого не змінилося. Можливо, інформацію щодо ознак пов'язаності без п'яти хвилин переможця підкинуть його суперники, яким не пощастило сформуванню найбільш економічно вигідну пропозицію, або зацікавлена громадськість: вони і докази зберуть, і відповідним законодавством позицію обґрунтують. Та якщо ні, то всю роботу замовникові доведеться виконати самостійно. Звісно, ніхто не забороняє замовникові додатково звернутися в приватному порядку до науковців чи експертів для отримання фахового висновку стосовно учасників конкретного тендеру (якщо кошти на такі запити передбачені кошторисом чи фінансовим планом). Незалежно від змісту такого висновку, відповідальність за акцептування чи відхилення відповідної пропозиції цілком та виключно покладатиметься на тендерний комітет (уповноважену особу) замовника.

Якщо замовник не перевірить питання пов'язаності учасників, то за нього це неодмінно зроблять контрольні органи, а саме Державна аудиторська служби України та Рахункова палата України. Гарна новина: їхні висновки не безапеляційні і будуть предметом перегляду в суді принаймні під час розгляду справи про адміністративне правопорушення за статтею 164-14 Кодексу України про адміністративні правопорушення. Погана новина: перевіряльники не лише складуть та направлять до суду протоколи про вчинення адміністративного правопорушення, а й вимагатимуть розірвання договорів, укладених з порушенням законодавства, або ж ініціюють звернення до суду про визнання їх недійсними, не кажучи вже про передачу матеріалів контрольних заходів до правоохоронних органів.

Окрім того, інтерес виникне і в Антимонопольного комітету України, адже саме цей орган уповноважений слідкувати за дотриманням правил конкуренції, у тому числі при здійсненні публічних закупівель.

## Хто винен і що буде?

Порушення, допущені при проведенні тендеру, є підставою для визнання недійсними відповідних рішень (протоколів) тендерного комітету (уповноваженої особи) замовника, що спричиняє визнання недійсним договору про закупівлю на підставі частини 1 статті 215 ЦК України (наприклад, див. рішення Господарського суду Івано-Франківської області від 15.11.2016 у справі № [909/662/16](#)). Детальніше питання недійсності договору про



закупівлю розглянуто на сторінках 11–23 у випуску журналу «Радник в сфері державних закупівель» № 10 (73) за жовтень 2017 року.

Відповідальність за невідхилення пропозицій пов'язаних осіб ляже на членів тендерного комітету (уповноважену особу), що підписали відповідні протоколи. Щонайменше загрожує адміністративний штраф за статтею 164-14 Кодексу України про адміністративні правопорушення. Ще з часів дії Закону України «Про здійснення державних закупівель» таке правопорушення суди кваліфікують як оцінку пропозицій конкурсних торгів (кваліфікаційних пропозицій), тендерних пропозицій не за критеріями та методикою оцінки для визначення найкращої пропозиції конкурсних торгів (кваліфікаційної пропозиції), тендерної пропозиції, що міститься в документації конкурсних торгів (кваліфікаційній документації), тендерній документації.

Перше порушення призведе до штрафу в розмірі від семисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (11 900–17 000 грн). Якщо порушення вчинено повторно протягом року після накладення адміністративного стягнення, то штраф складе вже від тисячі до тисячі п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (17 000–25 500 грн).

Питання відповідальності залежатиме як від ступеня вини членів тендерного комітету (уповноваженої особи), так і від наслідків незаконного рішення. Наприклад, суд зважатиме на те, якщо переможцем було визнано пов'язану особу, однак до підписання договору про закупівлю торги було визнано такими, що не відбулися; або ж якщо договір, укладений з пов'язаною особою, було надалі розірвано без збитків для замовника та бюджету (наприклад, див. постанову Шевченківського районного суду м. Запоріжжя від 14.04.2015 у справі № [336/1300/15-п](#)).

Незалежно від притягнення до адміністративної відповідальності, замовник має право притягнути членів тендерного комітету, що приховали свій зв'язок з учасниками чи прогледіли пов'язаність учасників між собою, і до дисциплінарної відповідальності в порядку, установленому Кодексом законів про працю України.

Заподіяння збитків замовникові чи державі матиме вирішальне значення при оцінці факту протиправного укладення договору з пов'язаною особою правоохоронними органами. Якщо замовник чи бюджет постраждали, то слід очікувати кримінального провадження, зокрема за статтями 190 (шахрайство) або 191 (привласнення, розтрата майна або заволодіння ним шляхом зловживання службовим становищем) Кримінального кодексу України.

А от для порушення Антимонопольним комітетом України справи про порушення антимонопольного законодавства настання негативних наслідків у формі збитків для замовника чи держави жодного значення не матиме. Достатньо самого факту відсутності конкурсу чи вчинення дій з метою спотворення результатів торгів. До речі, не врятує недобросовісних учасників від відповідальності перед Антимонопольним комітетом України і відхилення їхніх пропозицій (незалежно від підстав) з огляду на положення ст. 6

Закону України «Про захист економічної конкуренції», виходячи з яких **для кваліфікації дій суб'єкта господарювання як антиконкурентних узгоджених дій не є обов'язковою умовою наявність негативних наслідків, а достатньо лише можливості недопущення, усунення чи обмеження конкуренції** (правова позиція у Постанові ВГСУ № 911/4762/13 від 23.09.2014, також див. рішення Господарського суду Хмельницької області від 17.06.2017 у справі № [924/980/17](#)).

Участь у тендері пов'язаних осіб, що спричинила (чи могла спричинити) фактичну відсутність між ними конкурсу, Антимонопольний комітет України цілком обґрунтовано кваліфікує як **антиконкурентні узгоджені дії**, що є порушенням законодавства про захист економічної конкуренції, передбаченим пунктом 1 статті 50, пунктом 4 частини другої статті 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції» і **спричиняє не лише штраф у розмірі до 10 % відсотків доходу (виручки) суб'єкта господарювання від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф, але й автоматичне недопущення до публічних закупівель на наступні три роки** (пункт 4 частини 1 статті 17 Закону про публічні закупівлі).

Для кваліфікації дій суб'єкта господарювання як антиконкурентних узгоджених дій не є обов'язковим з'ясування настання наслідків у формі, відповідно, недопущення, усунення чи обмеження конкуренції, ущемлення інтересів інших суб'єктів господарювання (конкурентів, покупців) чи споживачів, зокрема через заподіяння їм шкоди (збитків) або іншого реального порушення їхніх прав чи інтересів, чи настання інших відповідних наслідків. Достатнім є встановлення самого факту вчинення дій, визначених законом як антиконкурентні узгоджені дії, або можливості настання зазначених наслідків у зв'язку з відповідними діями зазначених суб'єктів. При цьому конкурентне законодавство не ставить застосування передбаченої ним відповідальності за порушення цього законодавства в залежність від наявності в суб'єкта господарювання вини в будь-якій формі. Усунення суб'єктом господарювання наслідків відповідного порушення на час вирішення спору господарським судом саме по собі також не є підставою для звільнення його судом від відповідальності (якщо провадження у справі про порушення названого законодавства не закрито Антимонопольним комітетом України чи його територіальним відділенням у встановленому законом порядку). Таку правову позицію викладено в п. 14 Постанови Пленуму Вищого господарського суду України від 26.12.2011 № 15, а також постановою цього суду від 16.06.2016 у справі № 915/150/15 та від 31.05.2016 у справі № 922/5742/15.

## Замість висновку

Участь пов'язаних учасників є доволі поширеним явищем. Нерідко це є наслідком лише нерозуміння суті законодавчої норми: учасники чесно вважають, що, згідно із Законом, «не мають жодного відношення» до конкретної особи або помилково оцінюють обставини просто тому, що не до кінця розібралися у змісті Закону. Як свідчить судова практика,

дуже часто пов'язані учасники процедури закупівель апелюють подібними доводами: «А хто чим доведе, що ми вплинули на конкуренцію?», не розуміючи, що контрольному органу (насамперед Антимонопольному комітету України) не потрібно доводити існування реальної змови між учасниками чи якісь негативні наслідки їхньої поведінки. Через імперативну норму Закону достатньо продемонструвати існування зв'язку між учасниками.

Спрацьовує і улюблене «якось воно буде»: не помітять, не відхилять, укладемо взаємовигідну угоду. Якщо учасник пов'язаний не із псевдоконкурентами, а з членами тендерного комітету (уповноваженою особою) замовника, то здебільшого його інтерес буде виключно комерційним (у збагаченні зі сподіванням на лояльність замовника при оцінці пропозиції). Частіше пов'язана особа бере участь як технічна кандидатура для забезпечення мінімальної кількості учасників, створення видимості конкуренції та маніпулювання ціною. Якщо при цьому замовникові «горить» провести закупівлю, то він не побачить не лише пов'язаності учасників, а й невідповідності технічного кандидата кваліфікаційним вимогам, щоб не зривати тендер і не проводити все знову.

Та замовникові слід пам'ятати, що об'єднує цих учасників одне: **незалежно від причин, участь у тендері пов'язаних осіб розглядають як безсумнівну загрозу конкуренції, що перетворює змагання учасників на фікцію, спричиняє перевитрати державних коштів. Якщо учасники пов'язані відносинами контролю, то висновок контрольних органів, з якими погодиться суд, буде однозначним: метою їхньої участі в тендері є забезпечення спільного комерційного інтересу, зокрема щодо отримання прибутку, що впливає на їхню поведінку під час участі в тендері. Отже, між учасниками відсутня економічна конкуренція.**