

Пастки «євроторгів»

Закон України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон, Закон про публічні закупівлі) вперше для тендерної системи України ввів градацію двох типів процедури відкритих торгів залежно від очікуваної вартості закупівлі. Для простоти сприйняття такої типології в колах закупівельників дорожчі тендери назвали «євроторгами» (або «європорогами», «міжнародними торгами»), у них очікувана вартість закупівлі перевищує суму, еквівалентну для товарів та послуг — 133 тис. євро, для робіт — 5 150 тис. євро. Закупівлі ж, за якими очікувана вартість не перевищує зазначені суми, назвали «українськими порогами» (або «українськими торгами», «звичайними торгами»).

Основна відмінність між вищеназваними типами процедури відкритих торгів полягає в тому, що в «євроторгах» замовник розглядає тендерні пропозиції учасників до проведення аукціону. І до аукціону допускають лише ті пропозиції, що не відхилені замовником через невідповідність вимогам тендерної документації.

В «українських» торгах навпаки: учасники спочатку беруть участь в аукціоні. І лише після аукціону замовник розглядає пропозицію, що виявилась найбільш економічно вигідною, та за умови відсутності підстав для відхилення визначає такого учасника переможцем або відхиляє цю пропозицію та розглядає наступну за ціною пропозицію.

Тобто в «євроторгах», конкуруючи ціною на аукціоні, учасники вже впевнені, що їхні пропозиції перевірені та що все добре. І за умови пропозиції найбільш економічно вигідної ціни та надання документів згідно зі статтею 17 Закону про публічні закупівлі будуть визначені переможцями та отримають контракт із замовником. В «українських» же торгах навпаки: торгуючись, учасники ще не знають, чи виявить замовник якісь невідповідності в їхніх документах, що можуть бути підставою для подальшого відхилення тендерної пропозиції.

Плюси та мінуси двох моделей відкритих торгів

З плюсів «євроторгів» можна назвати те, що **учасники** на аукціоні можуть запропонувати максимально низьку ціну, адже розуміють, що їм не потрібно буде в майбутньому доводити відповідність своєї пропозиції вимогам тендерної документації, оскаржувати своє відхилення тощо. І **за умови пропозиції найнижчої ціни вони гарантовано отримають контракт**. Так само замовник має обмежене поле для маніпуляцій у результаті відхилення найдешевшої пропозиції за якісь недоволіки. Бо **під час розгляду пропозицій учасників замовник не бачить ціни останніх, що додає неупередженості його діям**.

Мінус «європорогів», на мою думку, полягає в тому, що **вони збільшують ризик змов та шанси «змовників» на практичну реалізацію свого плану та перемогу**. І

збільшують ризик того, що замовник отримає товар за неконкурентною ціною та, можливо, гіршої якості. Адже за умови використання «змовниками» домовленості із замовником або інструменту оскарження [детальніше див. статтю «Тендерні заручини, або Суть спотворення торгів» — випуск журналу № 11 (74) за листопад 2017 року, стор. 34–41] та допущення помилок іншими учасниками в складі їхніх пропозицій «змовники» можуть залишитись сам на сам на аукціоні. І матимуть усі можливості для того, аби продати замовникові товар за бажаною для «змовників» ціною, а не за вартістю, яка б сформувалась унаслідок конкурентної боротьби. **І тоді ні замовник, ні правоохоронні та контрольні органи не зможуть побачити, яка могла б бути економія та різниця у вартості**, адже інші учасники свої ставки на аукціоні зробити не мали змоги.

Так само «змовники» не відчують тиску конкуренції та прозорості під час аукціону, що міг би змусити їх опустити ціну. **Це особливо небезпечно тоді, коли очікувана вартість предмета закупівлі є вищою за середні ринкові ціни**, що деякі замовники застосовують для того, щоб показати кращі статистичні показники економії, яку вираховують як різницю між очікуваною вартістю та ціною переможної пропозиції.

Також нерідко буває, що **конкуренти «змовників», не знаючи про недоліки своїх пропозицій, не мають наміру оскаржувати рішення замовника про допущення пропозицій інших учасників до аукціону**. Іноді для того, щоб торги відбулись (адже якщо учасник прийшов на «євроторги» без пари та успішно оскаржить допущення до аукціону пропозицій інших учасників, то торги можуть відмінити взагалі), або не бажаючи витратити зайвий час та кошти на оскарження, або з інших причин. **У результаті скаргу на рішення замовника про допущення інших учасників до аукціону подає один з «парних учасників»**. А учасники, допуск яких оскаржують, дізнаються про подання такої скарги на етапі, коли вже не мають достатньо часу оспорити рішення про допущення до аукціону скаржника або «пари». У результаті вони не отримають права взяти участь в аукціоні, до якого буде допущена лише «пара». Тож досвідчені учасники, розуміючи таку можливість та заздалегідь виявляючи «пару» (або самі прийшовши з «парою»), **починають скаржитись один на одного, у результаті чого замовник ризикує, що торги взагалі не відбудуться або відбудуться із сумнівною конкуренцією за результатами таких оскаржень**.

«Українські» торги мають свій мінус. Учасники пропонують ціну на аукціоні, ще не будучи впевненими в тому, що у випадку, якщо саме вони отримають контракт, їхня пропозиція виявиться найбільш економічно вигідною. Іноді ця невпевненість може стримувати учасників пропонувати нижчу ціну.

З плюсів «українських» торгів відзначу менший ризик змов та негативних наслідків від «парної участі», адже ціною конкурують всі. З одного боку, це змушує «пару» знижувати вартість своїх пропозицій, з іншого — стримує замовника від надуманих відхилень найбільш економічно вигідних пропозицій.

Однак, окрім ідеологічних плюсів та мінусів, про які я зазначила вище, є ще певні прогалини нормативного регулювання в застосуванні двох типів (моделей) процедури

відкритих торгів, що пов'язано з новизною даного інституту для української закупівельної сфери.

Прогалини нормативного регулювання «євроторгів» та правозастосування як шлях вирішення окреслених проблем

Про певну недосконалість нормативного регулювання «євроторгів» поговоримо далі. Так, відповідно до абзацу 2 частини 1 статті 27 Закону «у разі якщо оголошення про проведення процедури закупівлі оприлюднюється відповідно до положень частини четвертої статті 10 цього Закону у день і час закінчення строку подання тендерних пропозицій, зазначених в оголошенні про проведення процедури закупівлі, електронною системою закупівель автоматично розкривається частина тендерної пропозиції з інформацією та документами, що підтверджують відповідність учасника кваліфікаційним критеріям, та інформацією і документами, що містять технічний опис предмета закупівлі».

Зазначена норма містить низку недоліків, частина з яких була мінімізована правозастосуванням, а частина так і залишилась жодним чином не вирішеною. Однак і перший, і другий блок недоліків потребують законодавчих змін, адже задля ефективного правозастосування та неухильного виконання норми вона повинна бути виписана так, щоб не допускати подвійного трактування та можливостей для маніпуляцій.

Перший недолік — це сама модель розкриття, закладена в основу Закону. Тобто, згідно з редакцією норми, система повинна бути побудована таким чином, щоб мати можливість самостійно визначити, що потрібно розкривати, а що ні. Адже Законом ні на замовника, ні на учасника не покладено обов'язок сортування документів на ті, що розкриваються спочатку, і ті, які повинні розкриватись прямо перед аукціоном.

Очевидно, що функціонал навіть найкращої системи в світі навряд чи дозволить без втручання людини розсортувати документи тендерної пропозиції в такій моделі. Зазначене призводить до відсутності відповідальності в жодної з дійових осіб процедури закупівлі як за те, що потрібні документи не розкрились, так і за те, що розкрились ті документи, які не повинні були розкриватись.

Наприклад, усім відома проблема «відкритої ціни», коли інформація про ціну стає доступною для перегляду всім охочим не перед самим початком аукціону, а раніше [детальніше див. статтю [«Прозорість з наслідками, або Граблі «відкритої ціни»](#) — випуск журналу № 1 (76) за січень 2018 року, стор. 34–37]. Це відбувається тому, що учасник завантажив документ із ціною на електронному майданчику в інше поле — у ту частину документів, яка розкривається задовго до початку аукціону, а замовник вимагав у документації надати в складі тендерної пропозиції такий документ, попри те, що функціонал системи побудований таким чином, що документ із ціною не повинен бути в

окремому файлі, а ціна повинна просто завантажуватись у систему шляхом заповнення окремих полів. **Це стає підставою для відміни процедури закупівлі, адже порушується логіка «євроторгів», яка передбачає, що до аукціону ніхто не може бачити стартову ціну пропозицій учасників. І таке порушення виправити неможливо.**

Кого покарати в такому випадкові? Жоден нормативний документ не зобов'язує учасника завантажувати документ із ціною в «закриту частину» на майданчикові. Замовникові ніщо не забороняє вимагати окремий документ із ціною, та й сам замовник не має жодної можливості вплинути на процес та повноту розкриття пропозицій. Система очевидно не має технічних можливостей розсортувати документи, прізвища, імена та по батькові осіб та інших ознак деліктоздатності.

Також можна навести інший приклад, коли замовник відхиляє пропозицію учасника за відсутність якогось документа в її складі. Відхилений учасник скаржиться до Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі — Колегія) та посилається на те, що зазначений документ він завантажив, але система чомусь його не відкрила. Найімовірніше, що учасник завантажив цей документ саме в «закриту частину», і він відкриється перед початком аукціону. Порушень у цих діях учасника також немає, адже, повертаючись до попереднього абзацу, немає нормативного акта, який зобов'язував би учасника завантажувати документи в окремі частини та визначав би, що й куди завантажуються.

Замовника також важко звинуватити в порушенні, адже він не бачить документа в складі пропозиції та цілком логічно доходить висновку, що його немає. Учасникові в майбутньому важко буде довести на засіданні Колегії факт наявності такого документа, оскільки засоби доказування дуже обмежені. Учасники можуть спробувати використати відеофіксацію процесу відкриття свого електронного кабінету, потрібного документа, що дасть можливість ознайомитися з останнім та впевнитись в його наявності (якщо функціонал майданчика, звісно, дає можливість здійснити зазначене). Або у випадку, якщо електронні майданчики чи ДП «Прозорро» мають/матимуть доступ до «закритої частини», принести відповідні докази від них.

Однак усі ці інструменти є сумнівними з погляду можливості практичної реалізації та доцільності. Наприклад, можливості майданчиків чи ДП ознайомлюватись із «закритою частиною» пропозиції учасників, бо це створює ризики розголошення інформації про ціну. Однак у підсумку учасник з високою ймовірністю не буде допущений до аукціону, при цьому не порушивши жодного нормативного акта або вимог тендерної документації.

Друга проблема, яку сьогодні вирішують правозастосуванням, однак від цього вона не зникає, — це перелік документів, що повинні відкриватись у «євроторгах» на першому етапі розкриття.

У нормі Закону про публічні закупівлі (абзац 2 частини 1 статті 27 Закону) зазначено:

«...частина тендерної пропозиції з інформацією та документами, що підтверджують відповідність учасника кваліфікаційним критеріям, та інформацією і документами, що містять технічний опис предмета закупівлі».

По-перше, що таке «технічний опис предмета закупівлі»? У пункті 3 частини 2 статті 22 Закону зазначено, що **тендерна документація повинна містити:** *«інформацію про необхідні технічні, якісні та кількісні характеристики предмета закупівлі, у тому числі відповідну технічну специфікацію (у разі потреби — плани, креслення, малюнки чи опис предмета закупівлі). При цьому технічна специфікація повинна містити: детальний опис товарів, робіт, послуг, що закупаються, у тому числі їх технічні та якісні характеристики; вимоги щодо технічних і функціональних характеристик предмета закупівлі у разі, якщо опис скласти неможливо або якщо доцільніше зазначити такі показники; посилання на стандартні характеристики, вимоги, умовні позначення та термінологію, пов'язану з товарами, роботами чи послугами, що закупаються, передбачені існуючими міжнародними або національними стандартами, нормами та правилами».*

Однак за статтею 27 Закону розкриваються тільки інформація та документи, що містять технічний опис предмета закупівлі.

Чи відносяться до технічного опису технічні, якісні та кількісні характеристики до предмета закупівлі, технічна специфікація, плани, креслення, малюнки, зазначені показники, якщо технічний опис скласти неможливо, тощо? На це питання Закон не дає чіткої відповіді.

Як наразі вирішують цю проблему? Правозастосовною практикою сформовано трактування, що це все (припис пункту 3 частини 2 статті 22 Закону) відноситься до технічного опису, однак тут варто зазначити, що правильним з погляду правил нормотворчості було б використання однакових дефініцій і в 22-й, і в 27-й статтях Закону.

По-друге, стаття 22 Закону передбачає, що тендерна документація повинна містити інформацію про місце та строк поставки товару/виконання робіт/надання послуг, проект договору про закупівлю, строк, протягом якого тендерні пропозиції вважаються дійсними, вимогу про надання забезпечення тендерної пропозиції тощо. І якщо замовник, цілком обґрунтовано, визначає в тендерній документації спосіб документального підтвердження відповідності цим вимогам, тоді якщо читати прямо статтю 27 Закону, то зазначені документи не повинні відкриватись на першому етапі розкриття. **За наслідком правозастосування було сформовано підхід, що все це замовник повинен розглядати саме перед аукціоном** (про причини такого підходу йтиметься далі), однак очевидно, що Закон у цій частині потребує відповідних змін.

По-третє, абзац 1 частини 5 статті 28 Закону про публічні закупівлі визначає, що *«в разі якщо оголошення про проведення процедури закупівлі оприлюднюється відповідно до норм [частини четвертої](#) статті 10 цього Закону, замовник розглядає тендерні пропозиції на відповідність технічним вимогам, визначеним у тендерній документації, та визначає відповідність учасників кваліфікаційним критеріям до проведення автоматичної*

оцінки тендерних пропозицій...»

Тобто фактично Закон передбачає, що до аукціону замовник розглядає відповідність тендерної пропозиції виключно технічним вимогам та кваліфікаційним критеріям. Питання відповідності кількісним характеристикам, згоди з проектом договору, строкам поставки, надання тендерного забезпечення тощо за логікою цієї норми замовник не повинен розглядати до аукціону.

При цьому вже в наступному абзаці частини 5 статті 28 Закону сказано, що «після оприлюднення замовником протоколу розгляду тендерних пропозицій електронною системою закупівель автоматично розсилаються повідомлення всім учасникам тендеру та оприлюднюється перелік учасників, тендерні пропозиції яких не відхилені згідно з цим Законом».

Із зазначеної норми можна дійти висновку, що все ж до аукціону допускають лише ті пропозиції, які не відхилив замовник. А якщо подивитись далі статтю 30 Закону, то замовник відхиляє пропозиції, зокрема, і у випадку їх невідповідності вимогам тендерної документації або невідповідності учасника кваліфікаційним критеріям, що є більш ширшим визначенням, ніж застосоване в статті 28 Закону. **Зазначена плутанина в нормах була вирішена також правозастосуванням.**

Орган оскарження (Антимонопольний комітет України) і уповноважений орган (Міністерство економічного розвитку і торгівлі України) прийняли єдину позицію, що **відхилення за невідповідність пропозиції вимогам документації, за ненадання тендерного забезпечення та невідповідність учасника кваліфікаційним критеріям в «євроторгах» має відбуватись до аукціону.**

Після аукціону правомірним може бути визнане відхилення замовником пропозиції учасника, який відмовився підписувати договір, не надав документи згідно зі статтею 17 Закону, за наявності передбачених цією статтею підстав, або за надання недостовірної інформації у складі тендерної пропозиції в частині нецінових критеріїв оцінки (що впливає на значення нецінових критеріїв).

Висновок

Підсумовуючи вищевикладене, можна констатувати, що законодавчих прогалин та неузгодженостей щодо «євроторгів» чимало, та вже сьогодні їх можна чітко викристалізувати та сформулювати зміни, що їх усунуть. А поки відповідні зміни не внесені, то учасникам і замовникам залишається лише слідкувати за правозастосуванням, уважно готувати документи та рішення, зважаючи на описану специфіку «євроторгів».

Контрольним же органам, уповноваженому органів та органів оскарження важливо до цього часу мати спільну позицію в частині застосування таких норм, адже тоді саме ця спільна позиція зможе на перехідний період заповнити правовий вакуум та дати рецепти для бізнесу і замовників, як уникнути помилок та не потрапити в «пастки євроторгів».