

Магія 24 годин: прості рецепти для складних захворювань

Рік 2016-й: збройна агресія Російської Федерації та незадовільний стан матеріально-технічного забезпечення силових відомств України вимагали швидких та ефективних кроків від держави. Завдання було не з простих: з одного боку, забезпечити силовикам можливість оперативної закупівлі всього необхідного, з іншого — не зашкодити при цьому конкуренції та дотриматись основних принципів публічних закупівель — максимальної економії та ефективності.

Законопроект «Про особливості здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для гарантованого забезпечення потреб оборони» (далі — Закон про забезпечення потреб оборони) готували дуже швидко. Група фахівців, що працювала над ним, активно проводила зустрічі зі спеціалістами з кожного напрямку, слухала зауваження та пропозиції, дискутувала, намагалась максимально взяти до уваги все, бо потрібно було за будь-яких умов саме «іхати». Ні часу, ні можливості «грати в хованки» ніхто не мав.

У результаті 12 травня 2016 року Верховна Рада прийняла цей Закон. Так, він не ідеальний та містить низку недоліків, але його можна назвати радикально-прогресивним завдяки кільком новелам, що суттєво змінили на краще ситуацію в оборонних закупівлях.

Перша і головна: **обов'язок замовника за умови виявлення недоліків у документах учасника, пропозиція якого є найбільш економічно вигідною, надати йому 24 години на усунення таких недоліків.**

Хто це вигадав та першим запропонував — важко сказати (можливо, після публікації автор з'явиться), але тоді було трішки моторошно. Ніхто не міг передбачити, як дана норма працюватиме, передбачити всі ризики та наслідки. Однак необхідність купувати швидко в особливий період була більшою за побоювання та сумніви, і всі, заплющивши очі, сказали: «Так, ризикуємо!». І не помилились. Після запровадження системи ProZorro «24 години», на мою думку, є другим за важливістю, суттєвістю, потужністю ударом по корупції та зловживанням у сфері закупівель.

Суть норми про 24 години

Ч. 4 ст. 6 Закону про забезпечення потреб оборони: *«У разі виявлення замовником невідповідності документів учасника встановленим вимогам або відсутності будь-якого із документів учасник відбору може усунути недоліки в документах, крім випадку підтвердження подання забезпечення цінової пропозиції, шляхом прикріплення уточнених або нових документів в електронній системі закупівель протягом наступних 24 годин з моменту ознайомлення на переговорах учасника з такими недоліками».*

На практиці це означало, що якщо учасник «заблукав» у «хитрих вимогах хитрого замовника» або через різні обставини якийсь зі співробітників учасника, готуючи документи, у чомусь помилився, або взагалі бізнес не настільки великий, щоб мати можливість найняти «консультанта щодо довідок» та відповідальні особи учасника

При повному або частковому копіюванні чи цитуванні будь-якої інформації з публікації, Радник у сфері публічних закупівель "Все для закупівель на одному порталі" вимагає вказувати джерело інформації (ст. 176 ККУ). Джерело:

https://radnuk.com.ua/praktyka_zakupivel/nadporogi/mahija-24-hodyn-prosti-retsepty-dlia-skladnykh-zakhvoriuvan/

Контактні дані: +38 (044) 451-85-71 | radnukdz@gmail.com

готують документи «як уміють, набираючись досвіду», то він не втрачає одразу право отримати контракт.

Змоделюємо ситуацію: учасник запропонував найменшу ціну, він відповідає всім кваліфікаційним критеріями замовника, а продукція, яку пропонує постачати, є саме такою, як замовник описав у технічних, якісних та кількісних характеристиках до предмета закупівлі. Однак із зазначених вище причин якісь документи було складено/отримано/завантажено неправильно або взагалі не завантажено. У результаті в публічних закупівлях у такому випадкові маємо наслідком відхилення пропозиції учасника, від чого в мінусі всі:

бізнес витратив час та кошти на підготовку, запропонував найнижчу ціну, однак не перемиг через його розуміння «формальних, незначних та неважливих помилок». У результаті — розчарування, втрата мотивації в подальшому брати участь у закупівлях, закладення в майбутні ціни на тендерах собівартості минулих «поразок»;

замовник втратив можливість придбати потрібне за більш економічно вигідною ціною, втратив більше тижня на аналіз пропозиції наступного учасника та прийняття рішення про визначення його переможцем (у разі оскарження — це три тижні, за умови наявності недоліків у пропозиції наступного учасника — ще дорожче та ще довше). Або взагалі за умови наявності недоліків у пропозиціях усіх учасників замовник вимушений відмінити процедуру та оголошувати нову, а це іще щонайменше місяць.

Кому ж вигідний такий стан справ? На мою думку, корупціонерам. Бо саме такі «бюрократичні фокуси» дають їм можливість купувати дорожче у «своїх» бізнесменів, яким документи пропозиції можуть готувати ті ж особи, що пишуть «хитрі вимоги» документації. Або компаніям, для яких участь у тендерах є професією, тож вони спроможні подати якісні документи на будь-які «хитрі забаганки» замовників.

У закупівлях же для потреб оборони замовник у випадку виявлення недоліків у пропозиції учасника дає тому перелік таких недоліків та 24 години на їх виправлення — так званий «другий шанс». У більшості випадків учасники успішно справляються із таким завданням, і в результаті в плюсі всі: і бізнес, що отримує чесну перемогу, запропонувавши найнижчу ціну, і замовник, який купує швидко саме те, що він хотів, дешевше. І десь у куточку, як би сказали в ProZorro, плаче Хабармен Семен, бо знищено потужну схему, що тривалий час забезпечувала йому перемогу.

Механізм застосування норми

Замовник розглядає документи учасника на відповідність вимогам оголошення. За умови виявлення недоліків у будь-яких поданих учасником документах, крім випадку неподання забезпечення цінової пропозиції, запрошує учасника на переговори, ознайомлює його з такими недоліками (про що зазначає в протоколі проведення переговорів), і з цього часу починають свій перебіг 24 години для учасника.

При повному або частковому копіюванні чи цитуванні будь-якої інформації з порталу "Радник у сфері публічних закупівель" ви зобов'язані вказувати джерело інформації (ст. 176 ККУ). Джерело:

https://radnuk.com.ua/praktyka_zakupivel/nadporogi/mahija-24-hodyn-prosti-retsepty-dlia-skladnykh-zakhvoriuvan/

Контактні дані: +38 (044) 451-85-71 | radnukdz@gmail.com

Учасник протягом 24 годин прикріплює уточнені або нові документи в електронній системі закупівель, замовник через 24 години проводить оцінку виправлених учасником недоліків у документах та без повторного запрошення на переговори або визначає його переможцем (якщо недоліки усунуто), або відхиляє його пропозицію.

Звичайно, з огляду на те, що норма нова і подібний підхід жодного разу не було застосовано в українському законодавстві, виписати швидко та з першого разу її ідеально — не було можливим. Під час правозастосування було виявлено низку недоліків, які можна виправити в майбутньому законотворчому процесі.

Недоліки, виявлені під час застосування норми про 24 години

Протокол переговорів, на яких замовник ознайомлює учасника з виявленими недоліками, не оприлюднюють в електронній системі закупівель. Зазначене створює незручності як для учасників-конкурентів, так і для контрольних органів та органу оскарження. Адже кожного разу для з'ясування факту ознайомлення учасника з недоліками є потреба взяти в замовника зазначений протокол, на що витрачають певний час та ресурси. У зв'язку із цим на майбутнє варто передбачити обов'язок замовника оприлюднювати перелік недоліків в електронній системі закупівель та прив'язати перебіг 24 годин на їх виправлення саме до часу такого оприлюднення.

Плутанина між різними частинами ст. 6 Закону про забезпечення потреб оборони, що була вирішена правозастосуванням, однак для «новачків» досі залишається випробуванням. Варто чітко передбачити в оголошенні про проведення процедури, за аналогією з ч. 4 ст. 6 Закону про забезпечення потреб оборони, що виправляти можна все (у тому числі дозавантажувати відсутні документи), крім ненадання забезпечення цінової пропозиції (якщо надання такого забезпечення вимагає замовник).

3. Невизначеність дій замовника, коли він ознайомив учасника з недоліком, а той на виправлення завантажив документ, в якому замовник виявив вже інший недолік. Тож замовник знову зобов'язаний дати йому час на усунення недоліків, якщо вони не такі ж, як були визначені в минулому протоколі. Це вносить плутанину, відволікає ресурси всіх задіяних у процедурах закупівлі осіб та затягує час проведення процедури. У зв'язку із зазначеним доцільно в майбутніх змінах до Закону передбачити, що учасник не має права виправляти будь-які недоліки в інформації та документах, що завантажені в систему на виправлення недоліків. Така редакція створює певні ризики: учасник може помилитися вдруге, але зважаючи на збалансованість прав, інтересів та обов'язків усіх зацікавлених осіб, одного шансу на виправлення цілком достатньо.

Минув рік застосування норми, якого більш ніж достатньо, щоб зробити висновки, зняти всі побоювання, мати на увазі ризики та за умови позитивних результатів реалізації розглянути питання щодо поширення норми на всі закупівлі в Україні. Саме тому торік я

При повному або частковому копіюванні чи цитуванні будь-якої інформації з порталу "Радник у сфері публічних закупівель" ви зобов'язані вказувати джерело інформації (ст. 176 ККУ). Джерело:

https://radnuk.com.ua/praktyka_zakupivel/nadporogi/mahija-24-hodyn-prosti-retsepty-dlia-skladnykh-zakhvoriuvan/

Контактні дані: +38 (044) 451-85-71 | radnukdz@gmail.com

порушила питання під час обговорення нових змін до Закону «Про публічні закупівлі» щодо імплементації випробуваного нововведення.

Vox Ukraine (незалежна та незаангажована аналітична платформа, яку заснувала та очолює команда досвідчених та висококваліфікованих економістів і юристів, що працюють в Україні та за кордоном.) одразу підтримали ідею, зробивши своє дослідження «24 години на порятунок: другий шанс для постачальника». За її даними, у середньому закупівельники дискваліфікують переможця в кожному п'ятому аукціоні: «10 % завершених переговорних процедур для потреб оборони не відбулися б, якби в учасників не було цієї можливості. Цей механізм також дає можливість не відхилити більш вигідну цінову пропозицію — завдяки цій опції в 2017 році було додатково зекономлено 43,5 млн грн, або 1 % очікуваної вартості (процедури з кількістю учасників більше двох).

82 % переможців процедур з аукціоном користувались можливістю довантажити документи або виправити помилки.

Серед усіх учасників, які були розглянуті замовниками як потенційні переможці в аукціонах протягом січня – липня 2017 року (853 учасники):

60 % була надана можливість внести зміни, вони скористалися нею та були обрані переможцем, з яким пізніше було укладено договір;

12 % була надана можливість, вони скористалися нею, але не змогли виправити всі недоліки та були дискваліфіковані;

13 % постачальників мали документи, що відповідали вимогам замовника повністю, і з ними було укладено договір;

15 % були дискваліфіковані після аукціону».

Вражаюча статистика.

Проект змін до Закону про публічні закупівлі та норма про 24 години

Тринадцятого квітня 2018 року Президент України вніс до Верховної Ради проект закону № 8265 «Про внесення змін до Закону України “Про публічні закупівлі” та деяких інших законодавчих актів», в якому також передбачено можливість учасників виправляти недоліки в тендерній пропозиції. Однак давайте подивимось, які недоліки з оборонних закупівель було взято до уваги та які нові з'явилися.

Ч. 5 ст. 25 Закону України «Про публічні закупівлі» запропоновано доповнити новим абзацом: «Учасник виправляє невідповідності в інформації та/або документах, що подані ним у своїй тендерній пропозиції, виявлені замовником після розкриття тендерних

При повному або частковому копіюванні чи цитуванні будь-якої інформації з порталу "Радник у сфері публічних закупівель" ви зобов'язані вказувати джерело інформації (ст. 176 ККУ). Джерело:

https://radnuk.com.ua/praktyka_zakupivel/nadporogi/mahija-24-hodyn-prosti-retsepty-dlia-skladnykh-zakhvoriuvan/

Контактні дані: +38 (044) 451-85-71 | radnukdz@gmail.com

пропозицій, протягом одного робочого дня з моменту розміщення замовником в електронній системі закупівель повідомлення з вимогою про усунення таких невідповідностей.

Учасник може виправити невідповідності у такій інформації та/або документах: інформація та документи, що підтверджують відповідність учасника кваліфікаційним критеріям відповідно до [статті 16](#) цього Закону;

інформація та документи, що підтверджують відповідність учасника вимогам, установленим [статтею 17](#) цього Закону;

дозвіл або ліцензія на провадження певного виду господарської діяльності, якщо отримання такого дозволу або ліцензії на провадження такого виду діяльності передбачено законодавством;

документи на підтвердження права підпису договору про закупівлю».

Першу проблему стосовно неоприлюднення переліку недоліків, що потрібно виправити, усунуто: замовник розміщує в електронній системі закупівель повідомлення з вимогою про усунення таких невідповідностей. Однак не зазначено обов'язку замовника чітко перелічити всі виявлені невідповідності, що надає замовникові можливості для зловживань у результаті формулювання в повідомленні загальної фрази на кшталт «усунути невідповідності» без перерахування, які саме.

Також 24 години замінено на робочий день, що продовжує фактично строк на усунення недоліків, з одного боку, на вихідні дні, з іншого — на години, адже обчислення строків на відміну від оборонних тендерів буде робочими днями, а не годинами (для прикладу: замовник оприлюднив протокол з переліком виявлених недоліків 23.04 о 11:59/12:00, тоді кінцевий строк для підвантаження учасником виправлених документів спливатиме 24.04 о 23:59).

Другу проблему стосовно наявності суперечностей між різними частинами норми також усунуто. Але це зроблено в результаті суттєвого звуження (без об'єктивних на то причин) переліку документів та інформації, недоліки в яких можуть бути усунені. А саме:

виключено можливість дозавантаження документів, які учасник забув/не зміг завантажити з різних причин, адже передбачено, що недоліки можна виправити лише в поданих уже в складі пропозиції інформації та документах;

виключено можливість виправлення недоліків в поданих інформації та документах на виконання будь-яких пунктів тендерної документації, крім тих, що стосуються/містяться в розділі «Кваліфікаційні критерії», стаття 17 Закону України «Про публічні закупівлі», дозволи/ліцензії та документи на право підписання договору. Зазначене надає, з одного боку, замовникові можливість зловживати, прописуючи вимоги в інших розділах тендерної документації (наприклад, у розділі «Інша інформація», який замовники часто заповнюють великою кількістю вимог на кшталт різноманітних довідок та гарантійних листів). З іншого боку, не дають шансу учасникам виправити помилки там, де вони часто їх допускають, без шкоди для



вартості, якості та швидкості проведення процедури.

Все для закупівель на одному порталі

За тиждень ведення мною статистики лише щодо розглянутих на засіданні Колегії скарг та прийнятих рішень норма в такій редакції *«допомогла б лише у 4 випадках з 45 поданих скарг щодо неправомірного відхилення. Тобто у 89 % випадків скажника все рівно відхилили, і це б не дозволило замовникам зекономити щонайменше 19,43 млн грн — саме стільки становила різниця між пропозиціями учасників аукціонів, яких мали б відхилити за помилки, і пропозиціями наступних учасників торгів»* (цитата з видання «Наші гроші»).

До того ж допущені такими учасниками помилки були такими, що наданням можливості їх виправити замовник ризикував виключно 24 годинами часу, маючи шанс зекономити тижні та мільйони. Наприклад, відхиляли за: ненадання довідки про заходи із захисту довкілля; пропуск окремих технічних характеристик у довідці; ненадання технічного паспорта; посилання в банківській гарантії на інший номер протоколу засідання тендерного комітету; незавантаження гарантійного листа щодо санкцій тощо.

Лобісти такого підходу стверджували, що надання можливості учасникам виправити все в усьому (крім випадку неподання тендерного забезпечення) сприятиме поданню учасниками порожньої тендерної пропозиції та в подальшому (за умови зацікавленості в перемозі за результатом аукціону) дозавантаження всіх документів на виправлення недоліків.

Однак з такою позицією не можу погодитись, адже за умови прописання в проекті закону, що в документах, завантажених на усунення недоліків, усувати недоліки неможливо, такі учасники не матимуть мотивацію завантажувати «порожні пропозиції», адже таким чином вони ризикуватимуть, фактично позбавляючи себе другого шансу на відміну від інших.

Також окремі фахівці звертали увагу на те, що такий підхід може сприяти активізації змов між учасниками, коли один учасник за наслідком домовленостей з іншим не усуватиме недоліки, віддаючи свою перемогу.

Однак також не вважаю, що зазначений аргумент заслуговує на увагу.

По-перше, згідно з такою логікою не є важливим обсяг документів, в якому дозволено/не дозволено усувати недоліки, а отже саме право на їх усунення вже є небезпечним.

По-друге, на оборонних закупівлях зазначена норма вже діє майже два роки. І за цей час не було підвищення рівня змов між учасниками процедур закупівель або подібної їх поведінки.

По-третє, позитивні результати, що вже принесло правозастосування цієї норми, є набагато більшими, ніж малоймовірні озвучені поодинокі ризики.

Третя проблема: щодо виправлення/невиправлення недоліків у документах, що подані на усунення недоліків. Розробники проекту закону намагались її вирішити,

однак, на мій погляд, створили таким чином низку нових більш суттєвих проблем. У законопроекті запропоновано доповнити статтю 28 Закону України «Про публічні закупівлі» частиною восьмою: *«Замовник не може розміщувати щодо одного й того ж*

учасника більш ніж один раз повідомлення з вимогою про усунення невідповідностей в

При повному або частковому копіюванні чи цитуванні будь-якої інформації з порталу "Радник у сфері публічних закупівель" ви зобов'язані вказувати джерело інформації (ст. 176 ККУ). Джерело:

https://radnuk.com.ua/praktyka_zakupivel/nadporogi/mahii-24-hodyn-prosti-retsepty-dlia-skladnykh-zakhvoriuvan/

Контактні дані: +38 (044) 451-85-71 | radnukdz@gmail.com

інформації та/або документах, що подані учасником у тендерній пропозиції».

Тобто фактично передбачено, що замовник може лише один раз надати одному учасникові вимогу про усунення невідповідностей у складі тендерної пропозиції.

Моделюємо ситуацію. Замовник умисно або з необережності зазначив у повідомленні про усунення недоліків лише два з трьох наявних у складі пропозиції учасника. Учасник зазначені два усунув, а третій — ні, бо не знав про його існування, був упевнений, що інших недоліків немає, бо сам замовник їх не прописав. Далі замовник може піти двома шляхами:

якщо з необережності не помітив, то він швидше за все визначить переможцем учасника, тендерна пропозиція якого не відповідає вимогам документації;

якщо ж така «неуважність» була спланованою маніпуляцією, то відхилить пропозицію такого учасника за третій недолік, час на виправлення якого не надавав.

Кожен з двох варіантів рішень замовника може бути оскаржений до Постійно діючої колегії з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель. Якими будуть дії Колегії?

З одного боку, порушення є: замовник не надав учасникові, як передбачено законопроектом, строк на усунення недоліків. З іншого боку, чи можливо зазначене порушення виправити? На мій погляд, ні. Адже законопроект прямо забороняє замовникові надавати одному учасникові вдруге строк на усунення невідповідностей у складі пропозиції. У результаті в подібних випадках замовник може просто втратити процедуру та щонайменше місяць на необхідність оголошення та проведення нової.

Що на заміну? На мою думку, ефективніше, менш ризиковано та справедливо було б просто передбачити в законопроекті, що замовник не може розміщувати повідомлення з вимогою про усунення невідповідностей в інформації та/або документах, що подані учасником на усунення невідповідностей.

Насправді недоліків у цій частині проекту закону не так багато. Тож незважаючи на значні негативні наслідки, на їх усунення може бути витрачено лише кілька годин, а саме на виписування, обговорення зі всіма зацікавленими особами та подання поправок.

При цьому позитив для сфери закупівель виправдає навіть найсміливіші очікування. По суті, це буде новий вододіл між «тендери вчора» й «тендери сьогодні», закінчення ери довідок та ком і величезний крок від бюрократії та формалізму до якості, економії й ефективності. Однак усе це можливо за однієї умови: якщо дійсно є політична воля знищити корупційну схему «формалізму», а не просто знову здійснити ще одну «фасадну реформу», імітуючи боротьбу з хабарменами.