

Прозорість з наслідками, або Граблі «відкритої ціни»

Основною та найпоширенішою процедурою закупівлі в Україні є відкриті торги, особливості організації та проведення яких залежать від типу цієї процедури. Умовно виділяють так звані українські та **європейські торги** (останні **проводять у разі, якщо очікувана вартість закупівлі перевищує суму, еквівалентну: для товарів і послуг — 133 тисячам євро, для робіт — 5 150 тисячам євро**).

Попри порівняно незначний період дії положень Закону України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон) можна констатувати значний теоретичний та практичний інтерес до процедури європейських торгів (євроторги, європороги), зумовлений активним формуванням правозастосовної практики, яка дає можливість перевірити дієвість та ефективність нових процедур, закріплених у положеннях вказаного Закону, виявити прогалини правового регулювання та сформувані науково виважені пропозиції щодо їх усунення.

Відміна європейських торгів з підстав «відкритої ціни» на сьогодні є одним з найактуальніших в обговоренні питань та одним з головних каменів спотикання між ринком і Постійно діючою адміністративною колегією Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі — Колегія). У трактуванні змісту порушення та його наслідків між позиціями суб'єктів ринку та Колегією можна констатувати серйозний дисонанс.

Замовники та учасники переважно впевнені, що розкриття ціни пропозиції в євроторгах за кілька днів, а то й тижнів або місяців до аукціону взагалі не є проблемою. Ніяких наслідків, на їхню думку, ознайомлення, у тому числі конкурентами, з цінами пропозиції заздалегідь не спричинить, бо всі пропозиції вже подано, а під час аукціону ціна буде змінюватись.

Спеціальні положення Закону щодо процедури євроторгів

Спеціальні положення Закону щодо процедури євроторгів

Пропоную на початку домовитись, що викладене в цій статті буде моєю, одного з членів Колегії, позицією, сформованою за період роботи у її складі. Позиція органу оскарження в цілому виражена саме в рішеннях, що приймають за результатом розгляду скарг.

Аналіз зазначеного питання слід розпочати з розгляду положень Закону України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон, Закон про публічні закупівлі), окремі з яких характеризуються невизначеністю, що при необхідності неухильного їх дотримання ускладнює їх практичне застосування.

Розглянемо спеціальні положення, які закріпив законодавець у Законі щодо процедури європейських торгів, що є відмінними від процедури торгів українських.

Так, можна виділити такі **особливості європейських торгів**:

Закріплення додаткової умови щодо оприлюднення оголошення про проведення процедури закупівлі англійською мовою. Відповідний обов'язок замовника впливає з положень ч. 4 ст. 10 Закону про публічні закупівлі.

Відмінності у строках вчинення окремих процесуальних дій та публікації інформації.

Розкриття відбувається у два етапи. Так, як впливає із ч. 1 ст. 27 Закону, **у разі оприлюднення оголошення про проведення європейської процедури закупівлі в день і час закінчення строку подання тендерних пропозицій, зазначених в оголошенні про проведення процедури закупівлі, електронна система закупівель автоматично розкриває частину тендерної пропозиції з інформацією та документами, що підтверджують відповідність учасника кваліфікаційним критеріям, та інформацією і документами, що містять технічний опис предмета закупівлі. І лише наступним етапом є розкриття ціни** (розкривається тендерна пропозиція).

Замовник, розглядаючи тендерну пропозицію, ще не бачить ціни учасників та перевіряє невідповідності «всліпу».

Інші учасники та всі навколо в цей час не знають ціни учасників та дізнаються про це тільки перед початком проведення аукціону.

Після оприлюднення замовником протоколу розгляду тендерних пропозицій електронна система закупівель автоматично розсилає повідомлення всім учасникам тендеру та оприлюднює перелік учасників, тендерні пропозиції яких не відхилені згідно із цим Законом. Таким чином, в аукціоні беруть участь виключно ті учасники, пропозиції яких за результатом розгляду були визначені як такі, що відповідають вимогам замовника.

«Відкрита ціна» як порушення законодавства про публічні закупівлі

Що відбувається, коли ціна пропозиції окремого учасника стає доступною для перегляду не на тій стадії, на якій вона повинна була б бути доступною відповідно до норм Закону?

Замовник, розглядаючи тендерну пропозицію такого учасника, знає, яку ціну він запропонував. Також його конкуренти по закупівлі знають ціну, з якою він на аукціон виходить.

Можна довго розмірковувати над тим, чи є це проблемою та які від цього можуть бути наслідки, **однак результат у такому випадку один: порушення передбаченої Законом процедури.**

Розкриття ціни відбувається не на тій стадії, усі дійові особи процедури закупівлі починають перебувати не в тих умовах, що були визначені законодавством як належні. Таким чином, можна констатувати **порушення законодавства про публічні закупівлі.**

Також учасники дискусії сумніваються в настанні негативних наслідків та самій імовірності їх настання. Обговорення не обмежуються нормами Закону і поширюються на технічні особливості проведення аукціону та регламент у частині черговості ставок, профіт, що можуть отримати конкуренти від такого знання, тим паче в ситуації, коли учасник сам помилився та відчуватиме на собі ймовірні наслідки.

Під час таких дискусій згадують і мету законодавця при викладенні норми Закону саме в такій редакції: хтось згадує реалістичні версії, однак переважна більшість учасників дискусії поки доходять висновку, що вона там просто «чомусь». Розробники системи висловлюють свою думку з приводу того, важливо це чи ні.

Однак уже тривалий час обговорення на цій стадії закінчується. І в результаті максимум, чого ми можемо досягти, — це розробити зміни до Закону та внести їх на розгляд Верховної Ради України.

Позиція Колегії АМКУ: відміна європейських торгів з підстав «відкритої ціни»

При цьому для повноти дискусії слід акцентувати увагу на ролі Колегії в системі публічних закупівель. Адже це не просто три державних уповноважених, які розглядають скарги учасника в конкретній процедурі, що **здійснює вплив виключно на ту процедуру, скарга щодо якої розглядають.**

Поки Державна аудиторська служба України не запрацювала активно в напрямку моніторингу, **орган оскарження дає основні правозастосовчі формули для ринків: що можна, а що ні, сортує позитивні та негативні практики.** І будь-яке рішення Колегії, в якому в результаті розгляду скарги буде вказано, що завчасно відкрита ціна **не є порушенням порядку проведення процедури закупівлі** (при тому, що подадуть скаргу вчасно: через 5 днів після оприлюднення протоколу, а в скарзі, для прикладу, буде зазначено: «Ми перебуваємо з таким учасником в нерівних умовах, бо його ціна є відомою для замовника під час розгляду пропозиції, а моя ні через обставини, які не залежать від мене»), буде сигналом для всіх зацікавлених осіб про те, що так можна робити, це «позитивна практика».

І після цього можна довго розмірковувати та моделювати різні варіанти розвитку описаних подій, але **за Законом такий скаржник стовідсотково матиме рацію, бо з положень Закону прямо випливає, що ціна на цій стадії не повинна бути для замовника відомою.**

Проблеми «відкритої ціни» в євроторгах

Окрім вищевикладеного, необхідно звернути увагу на редакцію норми ст. 27 Закону: «...**системою** закупівель автоматично розкривається частина тендерної пропозиції», тобто **законодавець передбачив, що система самостійно повинна** відсортувати документи в складі пропозиції учасника та, наприклад, **документ із ціною залишити закритим.**

Попри прогресивність системи ProZorro, штучним інтелектом вона поки що не володіє. Тому **або безпосередньо в Законі, або у відповідному підзаконному акті має бути закріплена кореспондуюча норма, яка регламентуватиме порядок завантаження учасником документів тендерної пропозиції**, щоб система закупівель розкриття інформації здійснювала саме в тій її частині та послідовності, яка є необхідною. Тобто **без ціни**. Однак відповідний **обов'язок на учасника щодо порядку завантаження документів Законом** на сьогодні **не покладено**, що спричиняє звинувачення в завчасному розкритті ціни, спричиненому неналежним сортуванням інформації, саме системи закупівель.

Де-факто основна причина такої ситуації лежить на поверхні: **технічна помилка учасника, який при завантаженні тендерної пропозиції файл із ціною завантажив разом з документами, що складають технічну та кваліфікаційну частину пропозиції**. Однак, як вище було вказано, порядок завантаження учасником документів у систему закупівель не регламентовано, що означає відсутність відповідного обов'язку у такого учасника.

Однак справжня причина може полягати в іншому: у вимогах замовників зазначати ціну своєї пропозиції не тільки в спеціально для цього створеному полі, а й в окремому файлі у складі пропозиції, який вони досі називають формою цінової пропозиції.

Якою є мета такого зазначення, якщо після аукціону (як самі ж замовники вказують) її буде змінено? Адже всю інформацію, яку вимагає замовник, може надати учасник, але замість конкретної цифри учасник може зазначити в складі пропозиції вислів «за ціною в результаті аукціону». Однак замовники наполегливо продовжують вказувати в тендерній документації вимогу про подання такого файлу в складі пропозиції, а учасники на сьогодні навіть почали скаржитись на вимоги про подання документів, які містять ціну, у складі пропозиції, бо втомились від випадків відміни торгів через ці причини, які стали частими. Представники замовників же при розгляді відповідних скарг таку умову документації в більшості відстоюють, намагаючись довести сумнівними аргументами її необхідність. А коли якийсь із учасників обов'язково «помилився» та не туди цей файл із ціною завантажив, то доводять, що це не є порушенням та ні на що не впливає. У

результаті виникає закономірне питання: для чого як обов'язкову висувають вимогу долучити документ, який не здійснює жодного впливу на процедуру та її результат?!

Різничитання норм Закону про публічні закупівлі як наслідок їх правозастосування суб'єктами сфери публічних закупівель

У підсумку можна констатувати різничитання норм Закону та суперечності в подальшому їх правозастосуванні системою, Колегією, учасниками та замовниками закупівель.

Причина проста: законодавець не передбачив, що окремий файл із ціною замовникові взагалі потрібен, тому і закріпив положення про заповнення електронних форм з полями, де зазначають інформацію про ціну, а інші документи вже подають в окремому файлі.

У результаті маємо:

замовник вимагає зазначити ціну не тільки в результаті заповнення відповідного поля в системі закупівель, а й в окремому файлі;

в учасників виникають труднощі з тим, яку інформацію і куди завантажувати, вони помиляються та їхня ціна розкривається не на тій стадії;

порядок, закріплений у Законі, порушують;

виправленню це не підлягає, оскільки повернутись на стадію подання пропозицій та розкриття їх частини не є можливим;

Колегія зобов'язує замовника відмінити торги у зв'язку з допущенням порушення, яке неможливо виправити.

Можливі шляхи вирішення проблеми

Як розірвати це коло? Слід розглянути чотири можливих варіанти.

Перші два більшою мірою відповідають природі правовідносин та духу Закону, третій викликає сумніви щодо дотримання принципу розумності, а четвертий можна назвати спробою обійти природу норми, не порушуючи її.

Перший варіант

Замовники припиняють практику вимагання будь-яких окремих файлів та документів із визначенням ціни, обравши, для прикладу, формулювання «ціна пропозиції за

результатом аукціону».

Другий варіант

Внести зміни в Закон, передбачивши, що ціна розкривається одразу, задовго до початку аукціону, разом з частиною тендерної пропозиції (такий варіант потребує виваженого розгляду та обговорення).

Третій варіант

Внести зміни до Закону (підзаконного нормативно-правового акта), якими передбачити порядок завантаження інформації та документів, що входять до складу тендерної пропозиції, учасником у систему закупівель, у тому числі файлу із зазначенням ціни, якщо це відповідатиме потребі замовника в його наявності, та закріпити як підставу для відхилення тендерної пропозиції учасника недотримання порядку завантаження документів.

Четвертий варіант

Передбачити в тендерній документації чіткий порядок подання тендерної пропозиції та підставу для відхилення — подання її без дотримання зазначеного порядку, якщо результатом таких дій стало розкриття ціни на іншій, ніж це передбачено Законом, стадії процедури (цей варіант викликатиме активні дискусії та оскарження між замовником та учасником, оскільки велике значення матиме якість визначення такого порядку замовником у документації, у тому числі з урахуванням особливостей кожного майданчика).

На мою думку, найбільш обґрунтованим є вибір першого зі вказаних варіантів. Безумовно, можна просто «заплющити на це очі», не припиняти, не реагувати та не шукати шляхи виходу з проблемної ситуації, що склалася. Не вважаю за можливе обрати позицію бездіяльності, хоча розумію, що не всі поділяють думку, викладену в цій статті.