

Практичне застосування нових підстав для відмови в участі у закупівлі. Прогноз впливу нововведень на ринок публічних закупівель.

Дев'ятнадцятого квітня набула чинності нова редакція [ЗУ «Про публічні закупівлі»](#) від 25.12.2015 року № 922-VIII (далі — Закон про закупівлі). Із комплексного аналізу Закону випливає, що одним із його головних завдань є усунення різноманітних схем зловживань та маніпуляцій, які виникли в публічних закупівель. Серед таких зловживань залишається лобювання «своїх» постачальників. У даній статті ми розберемо нові підстави для відмови в участі у закупівлі в контексті їхнього практичного застосування замовниками, а також надамо прогноз щодо їхнього впливу на формування подальшої практики публічних закупівель щодо профілактики вищенаведених зловживань.

Нові підстави для відмови в участі у закупівлі

Відмова в участі у закупівлі відбувається через механізм відхилення тендерних пропозицій учасників або відмови в участі у переговорній процедурі закупівлі (крім випадків, зазначених у пунктах 2, 4, 5 ч. 2 ст. 40 Закону про закупівлю).

Окрім підстав, визначених попередньою редакцією Закону України «Про публічні закупівлі», які узагальнено перейшли в нову редакцію, Закон про закупівлі містить такі нові підстави для відмови в участі у закупівлі:

до учасника застосовано санкцію у виді заборони на здійснення в неї публічних закупівель товарів, робіт і послуг згідно із Законом України «Про санкції» (п. 11 ч. 1 ст. 17 Закону про закупівлі);

службову (посадову) особу учасника, яку уповноважено учасником представляти його інтереси під час проведення процедури закупівлі, фізичну особу, яка є учасником, притягнуто до відповідальності за вчинення правопорушення, пов'язаного з використанням дитячої праці чи будь-якими формами торгівлі людьми (п. 12 ч. 1 ст. 17 Закону про закупівлі);

учасник процедури закупівлі не виконав свої зобов'язання за раніше укладеним договором про закупівлю з цим самим замовником, що призвело до його дострокового розірвання, і було застосовано санкції у вигляді штрафів та/або відшкодування збитків — протягом трьох років з дати дострокового розірвання такого договору (ч. 2 ст. 17 Закону про закупівлі).

Заборона на здійснення публічних закупівель

Щодо першої підстави (**заборона на здійснення публічних закупівель**): насамперед слід звернути увагу, що таку підставу може застосувати замовник у разі накладення на учасника санкції, передбаченої п. 10 ч. 1 ст. 4 Закону України «Про санкції» від 14.08.2014 № 1644-VII (далі — «Закон про санкції»). Такі санкції можуть бути накладені переважно на міжнародних суб'єктів або інших суб'єктів, які створюють реальні та/або потенційні загрози для України (перелік підстав для застосування санкцій наведено в статті 3 Закону про санкції). І важливим аспектом також є те, що заборона на здійснення публічних закупівель, згідно з п. 10 ч. 1 ст. 4 Закону про санкції, може бути накладена виключно на таких суб'єктів:

юридичних осіб-резидентів іноземної держави державної форми власності;

юридичних осіб, частка статутного капіталу яких знаходиться у власності іноземної держави;

інших суб'єктів господарювання, що здійснюють продаж товарів, робіт, послуг походженням з іноземної держави, до якої застосовано санкції згідно із цим Законом.

Із аналізу зазначеного суб'єктного складу та загалом Закону про санкції випливає, що фактично під заборону може підпасти будь-який суб'єкт господарювання, який реалізує будь-які продукти іноземного походження, створює потенційну загрозу для інтересів України, та до якого застосовано будь-яку санкцію, передбачену ст. 4 Закону про санкцію. І в такому разі має відбуватися подвійне накладення санкцій, тобто першою накладають будь-яку санкцію згідно із Законом про санкції, а вже потім застосовують санкцію у вигляді заборони на здійснення публічної закупівлі. Що і є прямою підставою для відмови в участі у закупівлі згідно з п. 11 ч. 1 ст. 17 Закону про закупівлі.

Наведена підстава для відмови в участі у закупівлі, у поточній конструкції Закону про санкції, на наш погляд, є доволі суперечливою, оскільки може представляти приховані можливості для маніпуляцій на загальнодержавному рівні. Навіть при складності процесу накладення санкцій, який виражений у необхідності ухвалення рішення Радою національної безпеки та оборони України, Указу Президента України та постанови Верховної Ради України, за певних обставин та за нагальної потреби, «з гри» на полі публічних закупівель потенційно може бути виведений практично будь-який «небажаний» суб'єкт господарювання, оскільки для таких наслідків достатньо лише уявної / потенційної загрози національним інтересам України. Тим паче, що на сьогодні залишаються непрозорими або взагалі невідомими критерії та механізми, якими послуговується РНБОУ в питаннях щодо оцінки та внесення відповідних суб'єктів господарювання у свої «санкційні списки». Наприклад, згідно з останнім Рішенням РНБОУ від 14.05.2020, санкції було

застосовано до 235 юридичних осіб. І, звісно, здійснено це в умовах констатації факту, а не обґрунтування необхідності.

На сьогодні діють такі рішення РНБОУ щодо застосування до фізичних та юридичних осіб санкцій:

Рішення від 14.05.2020 «Про застосування, скасування і внесення змін до персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)»;

Рішення від 19.03.2019 «Про застосування, скасування та внесення змін до персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)»;

Рішення від 21.06.2018 «Про застосування, скасування і внесення змін до персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)»;

Рішення від 02.05.2018 «Про застосування, скасування і внесення змін до персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)»;

Рішення від 17.03.2018 «Про застосування персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій) згідно з резолюцією Ради Безпеки Організації Об'єднаних Націй № 2206 (2015) щодо Республіки Південний Судан»;

Рішення від 17.03.2018 «Про застосування персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій) згідно з резолюцією Ради Безпеки Організації Об'єднаних Націй № 2048 (2012) щодо Республіки Гвінея-Бісау»;

Рішення від 28.04.2017 «Про застосування, скасування і внесення змін до персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій)»;

Рішення від 25.03.2016 «Про застосування персональних спеціальних економічних та інших обмежувальних заходів (санкцій) стосовно осіб, причетних до протиправних дій щодо Надії Савченко, Олега Сенцова та Олександра Кольченка».

Використання дитячої праці та торгівля людьми

Щодо другої підстави (**використання дитячої праці чи торгівля людьми**): слід акцентувати на тому, що зазначена підстава для відмови в участі у закупівлі може бути застосована в контексті притягнення особи як до кримінальної відповідальності, так і до інших видів відповідальності, установлених законом. Щодо кримінальної відповідальності: підстава для відмови може бути застосована виключно в разі наявності обвинувального

вироку суду, який набув законної сили, та згідно з яким посадову (службову) особу учасника або фізичну особу, яка є учасником, притягнуто до відповідальності за статтями 149, 150, 150-1 Кримінального кодексу України або іншими статтями, які передбачають використання дитячої праці чи будь-яких форм торгівлі людьми. Для застосування замовником зазначеної підстави недостатнім буде встановленого факту реєстрації кримінального провадження, проведення досудового розслідування, пред'явлення підозри, розгляду справи в суді або отримання інших відомостей будь-якого характеру про скоєння відповідного правопорушення, адже в Україні діє презумпція невинуватості і притягнення до кримінальної відповідальності здійснюється виключно на підставі обвинувального вироку суду, що набрав законної сили (ст. 17 Кримінального процесуального кодексу України). Щодо інших видів відповідальності: підставу для відмови може бути застосовано в разі притягнення особи до відповідальності за порушення законодавства про працю, скоєного щодо дітей.

Згідно з ч. 3 та ч. 6 ст. 17 Закону про закупівлі, задля підтвердження факту відсутності підстав для відмови в участі в закупівлі за п. 12 ч. 1 ст. 17 Закону про закупівлі, учасник (переможець) повинен надати **«повну»** довідку з МВС [довідка про притягнення до кримінальної відповідальності, відсутність (наявність) судимості або обмежень, передбачених кримінальним процесуальним законодавством України) (**щодо кримінальної відповідальності**)] та довідку довільної форми, якою учасник підтвердить відсутність факту притягнення до відповідальності за порушення, пов'язане з використанням дитячої праці (**щодо інших видів відповідальності**). Згідно з ч. 15 ст. 29 Закону про закупівлі, замовник може перевірити зазначену учасником інформацію в довільній довідці, звернувшись із відповідним запитом до Державної служби України з питань праці.

Невиконання зобов'язань за раніше укладеним договором

Щодо третьої підстави (**невиконання зобов'язань за раніше укладеним договором**): задля правомірного застосування такої підстави замовникові необхідно перевірити сукупну наявність таких критеріїв, виходячи з вимог ч. 2 ст. 17 Закону про закупівлю, а саме:

наявний факт невиконання учасником своїх зобов'язань за раніше укладеним договором із цим самим замовником;

наявний факт дострокового розірвання такого договору через його невиконання учасником;

наявний факт застосування до такого учасника санкцій (штраф або відшкодування збитків);

підставу застосовують протягом трьох років з дати дострокового розірвання такого договору.

При цьому дуже важливо наголосити, що така підстава не є обов'язком, а є правом замовника. Тобто за наявності описаних вище критеріїв замовник може відмовити учасникові в участі у закупівлі, а не зобов'язаний робити це. Тобто якщо замовник за наявності всіх вищеписаних ознак / критеріїв не відмовить учасникові в участі, то службових (посадових), уповноважених осіб замовника не можна буде притягнути до відповідальності за ст. 164-14 Кодексу України про адміністративні правопорушення (штраф від 25 500 до 51 000 грн).

Наявність в учасника заборгованості зі сплати податків і зборів

Окрім вищезазначених підстав, для відмови в участі у закупівлі доцільно акцентувати на такій підставі, як наявність в учасника заборгованості зі сплати податків і зборів (обов'язкових платежів) (п. 13 ч. 1 ст. 17 Закону про закупівлю). Зазначена підстава перейшла в нову редакцію закону із попереднього закону, акумулювавши у свій зміст нові ознаки. Відтепер наявність заборгованості не є автоматичною підставою для відхилення. Для відхилення необхідним є факт відсутності здійснених учасником заходів щодо розстрочення і відстрочення наявної заборгованості в порядку та на умовах, визначених законодавством країни реєстрації такого учасника. Тому в разі отримання замовником інформації про наявність в учасника заборгованості зі сплати податків або інших загальнообов'язкових платежів **не рекомендовано відразу відмовляти такому учасникові в участі у закупівлі**, адже в подальшому таку відмову можуть визнати незаконною (якщо таку заборгованість розстрочено і відстрочено). У такому разі рекомендовано отримувати від учасника додаткове підтвердження факту розстрочення і відстрочення заборгованості (якщо учасник такі дані не надав). Окрім цього, поточна конструкція норми Закону про закупівлі не допускає альтернативи: або відстрочення / або розстрочення (у нормі закону замість «або» / «,» стоїть літера «і»). Тому, виходячи з поточної редакції закону, вимагають одночасного як відстрочення, так і розстрочення. Що сприймають критично через практичну незрозумілість реалізації такого механізму, бо дані категорії (відстрочення / розстрочення) є різними способами перенесення строків сплати грошових зобов'язань.

Висновок

Новий Закон про закупівлю в контексті підстав для відмови в участі у закупівлі, на наш погляд, є більш збалансованим та допрацьованим порівняно з попереднім законом. Тож Закон про закупівлю вводить ефективний інструмент боротьби з недобросовісними учасниками у результаті надання замовникам можливості застосовувати відмову в участі

у закупівлі за умови невиконання учасником зобов'язань за попередніми договорами (із цим самим замовником). Водночас Закон про закупівлю містить і низку інструментів / механізмів, які потребують доопрацювання. Зокрема, така підстава, як «наявність податкової заборгованості», потребує розмежування категорій «відстрочення» та «розстрочення» заборгованості, бо в чинній редакції застосування такої підстави на практиці може виявитися проблематичним та провокувати спори між замовниками та учасниками. Також така підстава для відмови, як «наявність заборони на здійснення публічних закупівель», за певних умов та наявної правової конструкції Закону про санкції, може бути інструментом для виведення на загальнодержавному рівні «з гри» на полі публічних закупівель практично будь-якого «небажаного» суб'єкта господарювання.