

Чутки, плітки та інші достовірні відомості, або Хто розкаже про підробку?

Не лише в замовника можуть виникнути підозри щодо законності та правдивості документа. Щойно розкрито тендерні пропозиції, як будь-який учасник процедури закупівлі може дослідити пропозиції конкурентів (ясна річ, починаючи з найбільш економічно вигідної) і, знайшовши недоліки/порушення в кожній з них та повідомивши про ці порушення замовникові, домогтися дискваліфікації суперників.

Окрім цього, з такою інформацією до замовника може звернутися і будь-який інший зацікавлений суб'єкт. Наприклад, антикорупційна громадська організація, адже розкриті тендерні пропозиції опиняються у вільному доступі. І така інформація може бути в різній формі: від простого листа до повідомлення в новинах чи соціальних мережах. Розглянемо різні варіанти і з'ясуємо, як реагувати замовникові на такі звернення. *Нагадуємо, що у попередньому випуску журналу у публікації «Не все те золото, що блищить, або Сумнівні документи в публічних закупівлях» ми вели мову про те, що таке підроблений документ, яким він буває, як його виявити і що з ним робити (див. випуск журналу № 2 (77) за лютий 2018 року, стор. 8-16.*

Варіант 1. Звернення учасника чи іншого авторизованого користувача через електронну систему закупівель

Закон України «Про публічні закупівлі» та безпосередньо електронна система закупівель дозволяють будь-якому авторизованому користувачеві звертатися до замовника з письмовими зверненнями, хоча Законом і не передбачено можливості звернення. Такі звернення щодо виявленої неправдивої інформації в документах учасників, насамперед того з них, чия пропозиція на даний момент визнана найбільш економічно вигідною, об'єктивно можуть бути направлені з моменту розкриття пропозицій, що відбувається негайно після завершення аукціону, і до публікації укладеного договору: раніше вказаного строку учасники не знають, з ким конкурують, і не бачать чужих пропозицій, а пізніше — інформування втрачає сенс, адже договір уже укладено.

Звернення, направлені через електронну систему закупівель, підлягають розгляду тендерним комітетом (уповноважено особою) замовника і вимагають найбільшої уваги та пильності, адже лише такі звернення можуть у підсумку вилитися в скаргу до Антимонопольного комітету України чи навіть позов про визнання договору недійсним. Закон не містить вказівки на граничний строк розгляду таких звернень, однак логічно припустити, що відповідь має бути надана не пізніше оприлюднення укладеного договору, бо лише так замовник продемонструє, що розглянув отриману інформацію перед укладенням договору.

При цьому відповідно до абзацу 2 частини 1 статті 32 Закону України «Про публічні

закупівлі» учасник, якого не визнано переможцем торгів за результатами оцінки та розгляду його пропозиції, може звернутися через електронну систему закупівель до замовника з вимогою щодо надання інформації про пропозицію переможця торгів, у тому числі щодо зазначення її переваг порівняно з пропозицією учасника, який надіслав звернення, а замовник зобов'язаний надати йому відповідь не пізніше ніж через п'ять днів з дня надходження такого звернення. Зазначена норма дає можливість вимагати в замовника не просто інформацію про пропозицію переможця торгів, а й порівняльний аналіз двох пропозицій (власної та переможної), що є корисним, адже в перспективі допоможе уникнути недоліків, що призвели до поразки в поточному тендері. Однак скористатися цією нормою може лише той учасник, чия пропозицію було визнано найбільш економічно вигідною за результатами аукціону, однак надалі відхилено.

Варіант 2. Звернення в простій письмовій формі та/або висловлене на особистому прийомі

Цей варіант відрізняється від першого тим, що: по-перше, таке звернення не вважатиметься поданим у рамках процедури закупівлі, тож його розглядатимуть у загальному порядку відповідно до Закону України «Про звернення громадян» зазвичай у 30-денний строк; по-друге, таке звернення не буде оприлюднене в електронній системі закупівель, якщо тільки замовник з якихось причин сам цього не зробить. Окрім цього, таке звернення може бути надіслане, так би мовити, під псевдонімом, адже вказівка на певне ім'я чи назву підприємства на конверті ще не свідчить, що адресант з таким іменем чи назвою дійсно існує. Не виключено, що учасник процедури закупівлі може надіслати одну й ту ж саму чи подібну інформацію кількома різними способами, щоб спровокувати замовника на помилкові дії чи навпаки — домогтися бажаного для себе результату через посилену інформаційну атаку.

Розгляд звернень такого типу (а також усіх наведених нижче варіантів звернень) здійснює структурний підрозділ замовника згідно з компетенцією, однак з обов'язковим залученням тендерного комітету. При цьому не підлягають розгляду анонімні звернення.

Варіант 3. Депутатське звернення

Депутатське звернення — викладена в письмовій формі пропозиція народного депутата, звернена до органів державної влади та органів місцевого самоврядування, їх посадових осіб, керівників підприємств, установ і організацій, об'єднань громадян здійснити певні дії, дати офіційне роз'яснення чи викласти позицію з питань, віднесених до їх компетенції. Депутатське звернення обов'язкове до розгляду суб'єктами, яким воно адресовано, протягом 10 днів з моменту його одержання. Цей строк може бути продовжено, однак загалом не може перевищувати 30 днів з моменту одержання звернення (стаття 16 Закону України «Про статус народного депутата України»).

З наведеного визначення слід зробити два висновки: по-перше, *депутатське звернення*

може містити пропозицію вчинити певні дії, зокрема й відмінити тендер або дискваліфікувати учасника; по-друге, депутатське звернення завжди є лише пропозицією, тож обов'язкове воно лише для розгляду, а не для виконання. Якщо замовник отримав депутатське звернення з інформацією про певні порушення в діяльності чи недоліки в пропозиції учасника процедури закупівлі та пропозицією відхилити пропозицію чи відмінити тендер, то замовник має у 10-денний строк розглянути звернення, оцінити та за можливості перевірити наведені в ньому дані і надіслати народному депутатові відповідь по суті поставленого питання. Однак рішення про подальшу долю тендеру чи конкретного його учасника замовник приймає виключно самостійно на підставі Закону України «Про публічні закупівлі», а не через чиєсь звернення, навіть якщо автор цього звернення — народний депутат України.

Варіант 4. Адвокатський запит

Адвокатський запит — письмове звернення адвоката до органу державної влади, органу місцевого самоврядування, їх посадових та службових осіб, підприємств, установ і організацій незалежно від форми власності та підпорядкування, громадських об'єднань про надання інформації, копій документів, необхідних адвокату для надання правової допомоги клієнтові. До адвокатського запиту додають посвідчені адвокатом копії свідоцтва про право на заняття адвокатською діяльністю, ордера або доручення органу (установи), уповноваженого законом на надання безоплатної правової допомоги. Вимагати від адвоката подання разом з адвокатським запитом інших документів заборонено. Адресат адвокатського запиту зобов'язаний не пізніше п'яти робочих днів з дня отримання запиту надати адвокату відповідну інформацію, копії документів, крім інформації з обмеженим доступом і копій документів, в яких міститься інформація з обмеженим доступом (стаття 24 Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність»).

Виходячи з норми Закону України «Про адвокатуру та адвокатську діяльність», адвокат може запитати в замовника лише певну інформацію або копії документів. Така інформація та копії документів повинні бути надані, бо безпідставну відмову розцінюють як втручання в діяльність захисника чи представника особи, за що передбачена кримінальна відповідальність за статтею 397 Кримінального кодексу України.

Адвокат не може вимагати вчинення жодних дій стосовно процедури закупівлі, у тому числі дискваліфікації учасника чи відміни процедури закупівлі.

Варіант 5. Запит контрольного органу

Не кожен контрольний орган може правомірно зацікавитися процедурою закупівлі, а лише той, що наділений повноваженнями на здійснення державного контролю в цій сфері. На даний час такими повноваженнями в Україні тією чи іншою мірою наділені лише три органи — Державна аудиторська служба України, Рахункова палата України та

Антимонопольний комітет України.

Держаудитслужба відповідно до статті 5 Закону України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні» здійснює контроль за дотриманням законодавства у сфері закупівель шляхом проведення моніторингу закупівлі у порядку, встановленому Законом України «Про публічні закупівлі», проведення перевірки закупівель, а також під час державного фінансового аудиту та інспектування. Рахункова палата України на підставі статей 7 і 13 Закону України «Про Рахункову палату України» здійснює фінансовий аудит та аудит ефективності щодо здійснення закупівель за кошти з державного бюджету.

Антимонопольний комітет України відповідно до статей 1, 3 та 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» здійснює захист конкуренції у сфері закупівель, у тому числі у результаті реалізації повноважень органу оскарження.

Серед названих органів раптовий запит про надання певної інформації стосовно процедури закупівлі можна очікувати лише від Держаудитслужби. В інтересах замовника невідкладно цей запит розглянути й надати детальну та коректну відповідь, щоб не отримати повноцінну перевірку.

Рахункова палата України запитує документи чи пояснення лише в рамках відповідного аудиту, а Антимонопольний комітет України — або під час процедури оскарження публічної закупівлі, або провадження у справі про захист економічної конкуренції. Але це вже, як то кажуть, зовсім інша історія.

Оскільки лист контрольного органу матиме саме характер запиту, а не повідомлення, тобто інформація буде запитана в замовника, а не повідомлена йому, інформування замовника контрольним органом про ймовірне підроблення документів учасником процедури закупівлі є вкрай малоімовірним.

Варіант 6. Запит правоохоронного органу

Оскільки прокуратура України давно втратила функції загального нагляду за дотриманням законності, звичного колись листа від районного прокурора щодо виявлених ним порушень очікувати не слід. Як правильно зазначив Господарський суд Харківської області в Постанові від 22.05.2017 у справі № 922/1458/17 (набула чинності 30.06.2017, доступна за посиланням <http://reyestr.court.gov.ua/Review/66657526>), «...органи прокуратури не уповноважені на здійснення контролю у сфері закупівель...», а тому не їхня компетенція моніторити закупівлі та інформувати замовників про власні припущення та підозри.

Будь-яка процедура закупівлі правомірно зацікавить правоохоронців лише в рамках розслідування кримінального провадження. Від слідчого органу можна чекати зазвичай лише запит про отримання інформації (відомостей) та/або документів в порядку статті 93 Кримінального процесуального кодексу України (тобто в порядку збирання доказів), який

обов'язковий для розгляду. Правоохоронний орган в рамках розслідування кримінального провадження не може вимагати дискваліфікації якогось учасника чи відміни процедури закупівлі, давати інші подібні вказівки щодо проведення процедури закупівлі.

Трапляється, однак, що правоохоронці, насамперед прокуратура, забувають про обмеження власної компетенції. Тож якщо від стражів правопорядку таки надійде викривальний лист щодо конкретної процедури закупівлі, то замовникові слід розглядати його в загальному порядку, як і будь-яке інше звернення, не сприймаючи отриману інформацію за безапеляційну істину і покладаючись лише на власний розум.

Варіант 7. Звернення вищого органу або органу управління

Звернення вищого органу може надійти до замовника (державного органу), а звернення органу управління — до замовника, що є суб'єктом господарювання. Здійснення внутрішнього контролю, у тому числі фінансового, відносно підвідомчих організацій — право та обов'язок як будь-якого розпорядника бюджетних коштів, так і будь-якого суб'єкта управління об'єктами державної власності.

Зрозуміло, що будь-яке звернення від суб'єкта, залежним від якого та підконтрольним якому є особа, потребує ретельного розгляду. Як-то кажуть, диму без вогню не буває. Тож якщо закупівля зацікавила вищу організацію, то замовникові необхідно переконатися в абсолютній законності перебігу організованої ним процедури закупівлі. Це, однак, не означає, що відомості, надані вищою організацією, не потребують перевірки (якщо тільки за конкретних обставин ці відомості не визнають отриманими з офіційних джерел).

Варіант 8. Поширення інформації через мережу Інтернет чи засоби масової інформації

Поширення певних відомостей через засоби масової інформації або мережу Інтернет, зокрема й через соціальні мережі, не є зверненням у загальноприйнятому розумінні, тож жодної офіційної відповіді чи іншої реакції не вимагає. Однак залишати таку інформацію без уваги не слід: оскільки визначення переможця на підставі підроблених документів загрожує подальшим зривом тендеру або й судовою тяганиною щодо визнання недійсним договору, замовникові доцільно перевіряти будь-яку інформацію, що так чи інакше стосується оголошеної ним закупівлі, за результатами чого приймати рішення про подальший перебіг процедури закупівлі.

Підсумуємо:

замовникові доцільно звернути увагу на будь-яку інформацію щодо можливих порушень учасником процедури законодавства про публічні закупівлі, яка надійде до укладення договору, негайно повідомивши про це тендерний комітет, який має прийняти рішення щодо важливості такої інформації;

кожне звернення, незалежно від способу надходження, необхідно розглянути відповідно до чинного законодавства;

незалежно від авторства та змісту звернення, замовник приймає рішення про подальшу долю процедури закупівлі та конкретного учасника в ній виключно на власний розсуд, зважаючи не на чужі вказівки, а на положення Закону України «Про публічні закупівлі».

Достовірність інформації, або Кому вірити, а кому ні?

Вище ми розповіли, хто може надати замовникові інформацію щодо уявних чи дійсних порушень у діяльності учасника процедури, зокрема про його невідповідність (попри надані учасником докази протилежного) кваліфікаційним критеріям чи інше ймовірне підроблення документів. Та як саме має бути викладена інформація? Чи достатньо просто сказати щось на кшталт такого: «Мені достеменно відомо»?

Насамперед зазначимо, що відповідно до частини 2 статті 302 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) особа, що поширює інформацію, зобов'язана переконатися в її достовірності. Із цієї норми випливає закріплене в процесуальному законодавстві правило щодо невизнання доказами показань свідка, який не може назвати джерела своєї обізнаності. Таким чином, автор повідомлення, складеного за принципом «мені достеменно відомо», заслуговує на ввічливу рекомендацію зважати у своїй повсякденній діяльності на приписи статті 302 Цивільного кодексу України та надавати інформацію, підтверджену доказами. Інша річ, якщо до звернення додають якісь документи чи інші письмові докази (наприклад, публікації чи відомості з відкритих джерел, у тому числі офіційних). Звісно, ані інформація, ані надані докази замовник не повинен сприймати на віру, однак мають бути взяті до уваги при розгляді пропозиції учасника і є підставою для обґрунтованого продовження строку такого розгляду.

А навіщо взагалі перевіряти інформацію? Бо лише достовірна інформація як за змістом частини 7 статті 28 Закону України «Про публічні закупівлі», так і відповідно до загальних принципів недискримінації, об'єктивної та неупередженої оцінки тендерних пропозицій та запобігання корупційним діям і зловживанням, що закріплені у статті 3 цього Закону, є підставою для прийняття рішення про відхилення тендерної пропозиції.

Визначення понять «достовірна інформація», «достовірність» у законодавстві немає, однак у пункті 15 Постанови Пленуму Верховного Суду України від 27.02.2009 № 1 «Про судову практику у справах про захист гідності та честі фізичної особи, а також ділової репутації фізичної та юридичної особи» розтлумачено, що *недостовірною вважається інформація, яка не відповідає дійсності або викладена неправдиво, тобто містить відомості про події та явища, яких не існувало взагалі або які існували, але відомості про них не відповідають дійсності (неповні або перекручені)*. Вище ми писали, що негативна

інформація стосовно конкретного учасника може надходити з різних джерел. На які з них можна покластися? Безумовно, беззаперечно покладатися можна лише на інформацію, отриману з офіційних джерел (інформація органів державної влади, органів місцевого самоврядування, звіти, стенограми тощо), бо відповідно до частини 2 статті 302 ЦК України особа не зобов'язана перевіряти її достовірність та не буде відповідати за неї в разі її спростування^[1]. Інформацію з будь-яких інших джерел, у тому числі повідомлену у зверненні інших учасників, органу управління, народного депутата, громадської організації, адвоката і т. д., замовник має перевірити. При цьому при перевірці відомостей доцільно користуватися простим правилом: *усе, що може бути підтверджено даними з офіційного джерела, — має бути перевірене у такого джерела; обставини, що не можуть бути перевірені з офіційних джерел (наприклад, факт укладення аналогічного договору), мають бути доведені тими даними, що могли б бути визнані як доказ згідно з процесуальним законодавством.*

^[1] Хоча формально вказана стаття присвячена особистим немайновим правам фізичної особи, відповідно до статті 94 ЦК України юридична особа теж має право на інформацію, а також усі інші особисті немайнові права, які можуть їй належати. Таким чином, положення статті 302 та інших статей ЦК України щодо права на інформацію і порядку його реалізації такою ж мірою поширюються як на фізичних, так і на юридичних осіб.