

Зняття вимог щодо мінімальної кількості учасників процедури закупівлі: користь чи шкода?

Наразі серед науковців, практиків, громадськості та представників державних органів точиться складна дискусія. Суть питання полягає ось у чому: **чи варто знімати обмеження щодо мінімальної кількості учасників (два), за наявності яких можна проводити процедуру закупівлі?**

На сьогодні в Законі України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон, Закон про публічні закупівлі) міститься норма (ст. 31 Закону), зі змісту якої випливає **необхідність подання для участі в торгах (або допущення до оцінки) не менше двох тендерних пропозицій. В іншому випадку торги відмінюють.** Якщо для того, аби торги зіграли, коли мова йде саме про «українські торги», необхідною є наявність мінімум двох пропозицій без прив'язки до їх відповідності вимогам тендерної документації (тобто подано мінімум дві тендерних пропозиції, які вже після аукціону перевіряють на відповідність вимогам), то для «євроторгів» — це пропозиції двох учасників, що відповідають вимогам документації та допущені замовником до аукціону.

Чому така дискусія є та з якими викликами зіткнулась закупівельна сфера?

За інформацією прихильників зняття такого обмеження, **існує значна кількість випадків, коли на закупівлю очікувано може прийти лише один учасник.** І це змушує його або замовника «шукати пару», аби торги відбулись і аби було придбано необхідні товари, роботи або послуги. У результаті цього така «парна участь» стає предметом розслідування органів Антимонопольного комітету України та подальшого притягнення «пари» до відповідальності у вигляді штрафу та заборони брати участь у торгах на найближчих три роки. Детальніше з даним питанням можливо ознайомитися у статті «Тендерні заручини, або Суть спотворення торгів» — випуск журналу № 11 (74) за листопад 2017 року, стор. 34–41.

З одного боку, зняття обмеження щодо обов'язкової участі в торгах двох учасників дійсно позбавить учасників та/або замовників зайвих складнощів при пошуку пари для створення формального «алібі» перед вимогою Закону щодо мінімальної кількості учасників. При цьому Антимонопольний комітет України (далі — Комітет) позбавиться чималої частини роботи у вигляді доведення подібних змов. Однак це чи не єдиний плюс, який ми матимемо при впровадженні таких змін.

Аби прийняти правильне та виважене рішення, потрібно також розрахувати ризики та з'ясувати причини, через які закупівельна сфера має тенденцію до зменшення

привабливості для бізнесу та зниження рівня конкуренції між учасниками.

Пропоную розпочати з **причин, які призводять до того, що в тендері бажає взяти участь лише одна компанія.**

Замовники — це, по суті, такі ж покупці, як усі пересічні споживачі. Однак за Законом замовники повинні купувати товари, роботи або послуги за процедурами публічних закупівель у системі ProZorro. І коли нам з вами (пересічним покупцем) потрібно щось купити, то ми завжди (крім монопольних ринків) можемо знайти кількох продавців, що можуть нам запропонувати той чи інший товар, роботу або послугу.

До того ж саме продавці конкурують за можливість продати свій товар покупцям, і складно уявити ситуацію, коли споживачі конкурують за можливість придбати (хіба що в умовах радянської економіки). Коли продавець відмовляється реалізувати свій товар конкретному споживачеві, то це більш характерно для монопольних ринків. Здебільшого Комітет кваліфікує це як порушення законодавства про захист економічної конкуренції.

У публічних закупівлях, на жаль, ситуація інша. Бізнес не поспішає реалізовувати свій товар окремим замовникам та неохоче іде на закупівлю, оголошену замовником у системі ProZorro. Причини такої поведінки, а точніше своєї бездіяльності, компанії (потенційні постачальники) вказують у публічних обговореннях, і такі причини найрізноманітніші.

Причин, які призводять до того, що в тендері бажає взяти участь лише одна компанія доволі умовно, але можна поділити на кілька блоків: нормативні, процедурні та пов'язані з конкретним замовником.

До нормативних причин слід віднести окремі недоліки нормативно-правової бази, що:

ускладнюють процес участі в процедурах закупівлі;

здорожчують собівартість такої участі;

не завжди надають можливість ефективно захистити свої права у разі їх порушення.

До процедурних питань слід віднести:

чималу кількість документів, яку необхідно зібрати для участі в процедурі закупівлі;

людський ресурс, який витрачають компанії лише на участь без гарантії подальшої перемоги навіть за умови пропозиції потрібного замовникові товару за найнижчою вартістю;

ризик подальших кримінальних проваджень, на процес розслідування яких навіть за відсутності вини самих учасників витрачають певний час та ресурс для супроводження;

неналежну платіжну дисципліну замовників;

технологічні недоліки електронної системи закупівель тощо.

До пов'язаних із замовником причин слід віднести:

репутацію конкретного замовника в закупівельній сфері;

поінформованість потенційних учасників про наміри замовника «протягнути» конкретну компанію в переможці;

наявність у замовника інструмента «відміни процедури» у випадку «небажаного переможця», яка не може бути оскаржена;

колишній досвід роботи з конкретним замовником, коли «небажаному» учасникові створюють численні перепони під час виконання договору, що ускладнюють та здорожують процес виконання тощо.

По суті, серед усіх названих вище причин жодна не може бути вирішена завдяки скасуванню норми про участь у закупівлі щонайменше двох учасників. При цьому усунення зазначених вище причин з високою ймовірністю знищить потребу в скасуванні такої норми, оскільки більшість ринків України, на яких проходять процедури закупівлі, є конкурентними. А для неконкурентних передбачена особлива процедура, що може бути обрана замовником, — переговорна (ст. 35 Закону).

З огляду на зазначене, внесення змін до Закону про публічні закупівлі у частині зняття кількісного обмеження учасників, очевидно, прибере симптоми «захворювання» та полегшить життя недобросовісним замовникам та їхнім фаворитам-учасникам.

Однак це ще більш законсервує наявні проблеми з неактивною конкуренцією на тендерах та ускладнить процес їх виявлення. Адже сьогодні саме завдяки нормі про двох учасників часто викривають порушення у сфері закупівель як у діях замовників, так і в діях учасників-фаворитів. Комітет, розслідуючи такі змови, отримує значну кількість доказів неправомірної поведінки останніх, які в подальшому доволі часто покладають в основу вже кримінальних проваджень, що значно спрощує правоохоронним органам процес розслідування злочинів у сфері закупівель. Інакше ззовні все буде ніби правомірно,

а відсутність необхідності «шукати пару» мінімізує кількість слідів, що залишають за собою порушники, та в окремих випадках взагалі зведе нанівець можливість їх виявлення.

Отже, якщо б в Україні вже зараз не існувала більшість з названих причин низької конкуренції, то можна було б повернутись до дискусії про доцільність законодавчих змін норми про двох учасників. За певних умов ця норма може бути об'єктивно шкідливою для незначної кількості процедур і потреба в ній буде знівельована через проведення більшості процедур в Україні без порушень. *У такій атмосфері поваги до Закону у замовників відпаде потреба у зловживаннях, що спричинюють небажання учасників приходити на процедури і, як наслідок, необхідність їх відміни або пошуку пари.* У реальних же умовах та за наявності зазначених вище проблем внесення подібних змін зашкодить закупівельній сфері, фактично прибере симптоми захворювання, замаскувавши сам «вірус», і можливість його виявлення та лікування. Тож хворобливі явища в публічних закупівлях України перейдуть у хронічну та закапсульовану стадію через найкращі наміри спрощенців.