

Практична реалізація рішення АМКУ про скасування результатів розгляду тендерних пропозицій

Неприємна ситуація, у якій принаймні раз довелось чи доведеться побувати кожному замовнику: Орган оскарження не погоджується з результатами розгляду замовником тендерних пропозицій і зобов'язує замовника відповідне рішення про відхилення тендерної пропозиції та/або про визнання переможцем торгів скасувати.

Відповідно до частини 22 статті 18 Закону України «Про публічні закупівлі» рішення Органу оскарження набирають чинності з дня їх прийняття та є обов'язковими для виконання замовниками, особами, яких вони стосуються. Якщо рішення Органу оскарження, прийняте за результатами розгляду Органу оскарження, не було оскаржене до суду, таке рішення має бути виконано не пізніше 30 днів з дня його прийняття Органом оскарження.

Здавалося б, нічого складного: завантажити в електронну систему закупівель (далі — ЕСЗ) черговий протокол уповноваженої особи чи тендерного комітету — і справа готова. Але на практиці не все так просто, особливо якщо в тендері більше двох учасників.

Річ у тім, що **станом на листопад функціонал електронної системи закупівель не дозволяє скасувати результати розгляду лише якогось конкретного учасника: «скинути» результати кваліфікації можна лише одночасно для всіх раніше розглянутих учасників незалежно від змісту рішення Антимонопольного комітету України (далі — АМКУ).**

Наприклад

У тендері п'ятеро учасників, пропозиції перших чотирьох відхилені, переможцем оголошено п'ятого учасника, однак другий і четвертий учасники успішно оскаржили свою дискваліфікацію, і АМКУ зобов'язав замовника скасувати рішення про відхилення тендерних пропозицій другого, четвертого учасника та переможця торгів.

У результаті в замовника з п'яти пропозицій три потребують повторного розгляду, однак в ЕСЗ неможливо вибірково скасувати результати кваліфікації — система анулює абсолютно всі результати розгляду, зокрема першого і четвертого учасників, які свою дискваліфікацію не заперечували.

Постає питання, як діяти далі, а саме:

1. Потрібно проводити повторний розгляд пропозицій абсолютно всіх учасників чи лише тих, стосовно кого, за рішенням АМКУ, мали бути скасовані результати розгляду замовником тендерних пропозицій?
2. Чи надавати в рамках повторного розгляду 24 години для усунення невідповідностей у поданих документах?
3. На момент прийняття рішення АМКУ про задоволення скарги сплили строки розгляду

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/praktika-oskarzhennja/praktychna-realizatsiia-rishennia-amku-pro-skasuvannia-rezultatuv-rozhljadu-tendernykh-propozytsij/

- тендерних пропозицій. Що робити замовнику?
4. Які рішення уповноваженої особи мають бути прийняті і завантажені в ЕСЗ?
 5. Що робити, якщо за час оскарження сплив строк дії тендерних пропозицій учасників?

Давайте шукати відповідь разом.

У кого які повноваження?

Ключовим питанням у трикутнику «АМКУ — замовник — ЕСЗ» є питання повноважень. Інакше кажучи: **хто саме приймає рішення про скасування результатів розгляду тендерних пропозицій: АМКУ, замовник чи сама ЕСЗ, у якій натисканням кнопки скасовуються всі відображені результати?**

Так, повноваження АМКУ під час розгляду скарг щодо публічних закупівель визначені безпосередньо у статті 18 Закону про публічні закупівлі. Відповідно до частини 18 статті 18 Закону за результатами розгляду скарги Орган оскарження має право прийняти рішення:

про встановлення або відсутність порушень процедури закупівлі (у тому числі порушення порядку оприлюднення або неоприлюднення інформації про процедури закупівлі, передбаченої цим Законом);

про заходи, що повинні вживатися для їх усунення, зокрема зобов'язати замовника повністю або частково скасувати свої рішення, надати необхідні документи, роз'яснення, усунути будь-які дискримінаційні умови (у тому числі ті, що зазначені в технічній специфікації, яка є складовою частиною тендерної документації), привести тендерну документацію у відповідність із вимогами законодавства або, за неможливості виправити допущені порушення, відмінити процедуру закупівлі.

Повноваження замовника в особі його уповноважених осіб визначені у статті 11 Закону про публічні закупівлі. Відповідно до частини 10 статті 11 Закону саме уповноважена особа проводить процедури закупівель / спрощених закупівель, забезпечує рівні умови для всіх учасників, **об'єктивний та чесний вибір переможця процедури закупівлі / спрощеної закупівлі**. Аналогічні повноваження щодо процедур закупівель визначені і для тендерних комітетів у пункті 4 Прикінцевих та перехідних положень Закону. При цьому **рішення замовника у сфері публічних закупівель приймаються лише в один спосіб — шляхом складення (та в разі потреби подальшого оприлюднення) протоколу засідання уповноваженої особи чи тендерного комітету**, про що прямо зазначено в тій самій частині 10 статті 11 Закону.

Пам'ятаймо, що АМКУ та замовники не можуть перебирати на себе повноваження один одного. Тобто **АМКУ — лише арбітр між замовником та учасниками публічних закупівель, який вирішує, «хто правий», однак не підмінє своїми рішеннями самого замовника**. Тобто Орган оскарження ВПРАВІ зобов'язати замовника скасувати його рішення про відхилення тендерної пропозиції учасника чи про визначення переможця як незаконні, однак НЕ ВПРАВІ самостійно скасувати рішення замовника чи зобов'язати замовника визнати якогось учасника переможцем, бо проведення процедури закупівлі і вибір переможця — повноваження виключно замовника (в особі його уповноваженої особи чи тендерного комітету).

А які повноваження в ЕСЗ? Звісна річ, жодних! Словосполучення «повноваження ЕСЗ» навіть звучить смішно, бо ЕСЗ — це не суб'єкт відносин, а лише інформаційно-телекомунікаційна система. Тобто **рішення про скасування результатів розгляду тендерних пропозицій приймає лише сам замовник стосовно конкретних учасників і лише у формі протоколу засідання уповноваженої особи, а не шляхом натискання кнопки «скинути кваліфікацію»**. І оскільки в ЕСЗ немає жодних повноважень у питанні вибору переможця закупівель, доходимо до єдино можливого висновку: **скасування («обнулення») результатів розгляду тендерних пропозицій в ЕСЗ у результаті натискання кнопки «скинути кваліфікацію» не впливає на правовий статус раніше прийнятих замовником рішень**.

Розуміючи тепер, у кого які повноваження, і що рішення Органу оскарження виконуються самим замовником шляхом складення протоколів уповноваженої особи (а не електронною системою закупівель шляхом анулювання результатів кваліфікації), з'ясуємо, як правильно виконати рішення АМКУ.

Як правильно виконати рішення АМКУ?

Як зазначалося вище, рішення АМКУ є обов'язковим до виконання замовниками. Старанність у здійсненні цього обов'язку стимулюється адміністративною відповідальністю: відповідно до частини 5 статті 164¹⁴ Кодексу України про адміністративні правопорушення **невиконання рішення Антимонопольного комітету України як органу оскарження за результатами розгляду скарг суб'єктів оскарження, подання яких передбачено законом, тягне за собою накладення штрафу на керівника замовника від двох до п'яти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, тобто від 34 000 до 85 000 гривень**.

Принагідно звернемо увагу на таку особливість: практично виконувати рішення Органу оскарження, тобто складати і завантажувати в ЕСЗ відповідний протокол, буде уповноважена особа (тендерний комітет), а от покарання в разі чого загрожує саме керівнику замовника. Тому, забігаючи наперед, радимо всім керівникам замовників — як постійним, так і в статусі «в.о.» — брати під особистий контроль виконання уповноваженими особами (тендерними комітетами) рішень Органу оскарження.

Згідно з пунктом 4 частини 19 статті 18 Закону, **якщо скаргу задоволено повністю або частково, то рішення Органу оскарження повинно містити зобов'язання усунення замовником порушення процедури закупівлі та/або відновлення процедури закупівлі з моменту попереднього законного рішення чи правомірної дії замовника.**

Отже, у рішенні АМКУ про повне чи часткове задоволення скарги завжди буде зазначено, що саме повинен зробити замовник для усунення порушень, і ці вказівки є обов'язковими для замовника за принципом «або оскаржуй, або виконуй». А тому головне правило виконання рішень АМКУ звучатиме так: **роби виключно те, що написано! І не треба нічого від себе вигадувати та додавати!** Якщо в рішенні написано «зобов'язати скасувати рішення про визначення переможця...», то замовник скасовує виключно власне рішення про визначення переможця, не зачіпаючи інші прийняті ним (замовником) рішення щодо решти учасників процедури закупівлі. Якщо в рішенні написано «скасувати рішення про відхилення скаржника та рішення про визнання переможцем іншого учасника...», то замовник скасовує два конкретних рішення про дискваліфікацію скаржника та про визначення переможця, не зачіпаючи інші прийняті ним у рамках конкретної процедури закупівлі рішення.

Далі замовник діятиме вже не на виконання рішення Органу оскарження, а відповідно до Закону, завершуючи чи відмінюючи процедуру закупівель.

Право учасника на неупереджений розгляд його тендерної пропозиції

Ключ до відповіді на питання «Чиї пропозиції слід розглядати повторно?» лежить у розумінні права кожного учасника на об'єктивний та неупереджений розгляд його тендерної пропозиції.

Констатуючи протиправне відхилення чи акцепт тендерної пропозиції, Орган оскарження, як правило, робить висновок, що такими діями замовник порушує право скаржника на об'єктивний та неупереджений розгляд його пропозиції. Це право випливає зі статті 5 Закону про публічні закупівлі, що закріплює принципи публічних закупівель, зокрема принципи недискримінації учасників та рівного ставлення до них і принцип об'єктивного та неупередженого визначення переможця процедури закупівлі / спрощеної закупівлі.

Зрозуміло, що **об'єктивний та неупереджений розгляд тендерної пропозиції та визначення переможця можливий лише один раз. Якщо АМКУ зобов'язав замовника скасувати його рішення про результати розгляду тендерної пропозиції, то виходить, що такий розгляд не був об'єктивним та неупередженим, а отже, відповідне право учасника / скаржника на об'єктивний та неупереджений розгляд його пропозиції залишилося нереалізованим.** З цього і випливає висновок, що в разі зобов'язання замовника скасувати рішення про результати розгляду конкретних тендерних пропозицій (пам'ятаймо, що АМКУ завжди вказує конкретних учасників,

рішення стосовно яких підлягають скасуванню) замовник повинен здійснити повторний розгляд тих пропозицій, які ще не отримали об'єктивного та неупередженого розгляду, у черговості, визначеній відповідно до частини 11 статті 29 Закону про публічні закупівлі.

Підкреслюємо: об'єктивний та неупереджений розгляд можливий лише один раз, а тому повторному розгляду підлягають лише ті пропозиції, рішення про результати розгляду яких було скасовано замовником на вимогу АМКУ.

Однак не всі замовники дотримуються викладених правил.

Наприклад, у закупівлі [UA-2020-03-30-003010-b](#) на придбання амбулаторії загальної практики сімейної медицини було подано чотири тендерні пропозиції. Замовник відхилив пропозиції перших трьох учасників та визнав переможцем четвертого учасника з найвищою ціною. Учасник № 1 оскаржив до АМКУ і свою дискваліфікацію, і вибір переможця. Орган оскарження постановив: зобов'язати замовника скасувати рішення про відхилення учасника № 1 та рішення про визнання переможцем учасника № 4. Рішення АМКУ замовник виконав і перевиконав: скасував рішення про відхилення учасника № 1 та рішення про визнання переможцем учасника № 4 і за одне засідання (в одному протоколі) провів повторний розгляд... усіх чотирьох тендерних пропозицій! Тобто пропозиції № 2 і № 3 розглянуті повторно без жодних на те підстав.

Чому не слід так робити? По-перше, тому, що повторний розгляд тендерної пропозиції за відсутності підстав суперечить Закону. По-друге, це зайва паперова робота, яка не лише нікому не потрібна, але й підвищує ризик механічних помилок, за які може наступити цілком реальна відповідальність. По-третє, такі дії поновлюють повторно відхиленим учасникам (тим, що раніше погодилися з відхиленням і не зверталися до АМКУ) строк на оскарження їх дискваліфікації, який згідно з чинною редакцією Закону становить 10 днів з дня, коли суб'єкт оскарження дізнався або повинен був дізнатися про порушення своїх прав (а не просто відраховується з дня визнання переможця, як це мало місце до 19.04.2020).

Не кажучи вже про те, що повторний розгляд зумовлює і обов'язок замовника надати учаснику 24 години для виправлення невідповідності в інформації та/або документах. А це означає, що учасники, що були дискваліфіковані саме за несвоєчасне виправлення помилок і не оскаржували свою дискваліфікацію, безпідставно отримують ще одну спробу на усунення недоліків у поданих документах.

І насамкінець, невідомо, як кваліфікуватимуть безпідставний повторний розгляд та відхилення тендерної пропозиції державні аудитори. Такі дії замовника можуть бути визнані, для прикладу, відхиленням тендерних пропозицій не відповідно до вимог закону, за що відповідно до частини 3 статті 164¹⁴ КУпАП встановлена відповідальність у вигляді штрафу на службових (посадових), уповноважених осіб замовника від тисячі п'ятисот до

трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (тобто від 25 000 до 51 000 грн). Незалежно від того, на чію сторону стане суд під час розгляду справи про адміністративне правопорушення, уповноваженій особі для доведення своєї невинуватості доведеться витратити принаймні свій час та зусилля.

А що зі строками розгляду тендерних пропозицій?

Строки розгляду тендерних пропозицій визначені статтею 29 Закону. Початок їх перебігу пов'язаний з моментом визначення найбільш економічно вигідної пропозиції. Для переможця аукціону таким моментом буде завершення аукціону, для всіх інших учасників — відхилення попередньої найбільш економічно вигідної пропозиції.

Відповідно до частини 10 статті 29 Закону строк розгляду тендерної пропозиції / пропозиції, що за результатами оцінки визначена найбільш економічно вигідною, **не повинен перевищувати п'яти робочих днів з дня визначення найбільш економічно вигідної пропозиції. Такий строк може бути аргументовано продовжено замовником до 20 робочих днів.**

У разі продовження строку замовник оприлюднює повідомлення в електронній системі закупівель протягом одного дня з дня прийняття відповідного рішення. Зауважимо, що **цей строк не зупиняється у зв'язку з розглядом скарги, та й спливе, найімовірніше, ще до подання такої скарги** (адже оскаржити власну дискваліфікацію та/або вибір переможця можна лише після розгляду пропозицій усіх учасників). При цьому відповідно до частини 14 статті 18 Закону строк розгляду скарги становить від 10 до 20 робочих днів з дати початку розгляду скарги, тобто з дати оприлюднення реєстраційної картки скарги в ЕСЗ. Особливостей повторного розгляду тендерних пропозицій Закон не містить.

Звідси й виникає проблема дотримання, а точніше — неможливості дотримання строків розгляду тендерної пропозиції переможця аукціону та/або інших учасників у разі, якщо первісні результати розгляду їхніх пропозицій були скасовані замовником на вимогу АМКУ. **Для прикладу**, у вже згаданому вище тендері UA-2020-03-30-003010-b аукціон відбувся 17.04.2020, первісний розгляд тендерної пропозиції переможця аукціону (він і подав скаргу до АМКУ) відбувся 24.04.2020, рішення Органу оскарження винесене 01.06.2020, результати розгляду тендерних пропозицій учасників «обнулені» в ЕСЗ 09.06.2020, а повторно тендерні пропозиції розглянуті 02.07.2020. Як бачимо, **між аукціоном та повторним розглядом тендерної пропозиції переможця аукціону минуло 2,5 місяці!**

Порушення строку розгляду тендерних пропозицій не спричиняє нікчемність договору про закупівлю, однак, як і будь-яке інше порушення під час проведення процедури закупівлі, може бути підставою для визнання його недійсним відповідно до статей 203 та 215 Цивільного кодексу України.

Ситуація погіршується ще й тим, що в рішенні АМКУ про задоволення скарги не буде зобов'язання замовнику повторно розглянути безпідставно відхилену пропозицію. Орган оскарження зобов'яже замовника лише скасувати протиправне рішення про відхилення / акцепт пропозиції, а от усі подальші дії — чи то повторний розгляд, чи то відміна тендеру (наприклад, у зв'язку з відсутністю потреби) — то вже ініціатива виключно замовника.

Як наслідок, з буквального тлумачення Закону впливає неприємний для всіх закупівельників висновок: **повністю чи частково задоволена скарга на дії / рішення замовника, що відбулися після оцінки тендерних пропозицій, ставить хрест на тендері, оскільки унеможливорює своєчасний (повторний) розгляд тендерних пропозицій**. Зрозуміло, що такий висновок нікого не порадує, і навряд розробники Закону розраховували саме на таке втілення його норм. Тож що робити? Є два варіанти:

Колективно зробити вигляд, що проблеми не існує, і заповнити прогалину в Законі за аналогією, відраховуючи строк для повторного розгляду тендерних пропозицій з дня прийняття уповноваженою особою (тендерним комітетом) рішення про скасування попередніх результатів розгляду. При цьому, оскільки ми діємо за аналогією з первісним розглядом тендерних пропозицій, у разі виявлення невідповідностей у поданих документах та/або інформації замовник повинен надати учаснику 24 години для усунення цих недоліків відповідно до частини 9 статті 26 та частини 16 статті 29 Закону.

У разі неможливості дотримання строків розгляду тендерних пропозицій – відмінити тендер на підставі пункту 2 частини 1 статті 32 Закону про публічні закупівлі, а саме: внаслідок неможливості усунення порушень, що виникли через виявлені порушення законодавства у сфері публічних закупівель, з описом таких порушень, які неможливо усунути.

З другим варіантом усе ясно. Спершу уповноважена особа (тендерний комітет) приймає рішення про скасування тих раніше прийнятих рішень, що визнані протиправними Органом оскарження, скасовує («обнуляє») результати кваліфікації учасників в ЕСЗ, звітує в АМКУ про виконання рішення, а вже тоді відмінює тендер у зв'язку з неможливістю усунення раніше виявлених порушень. А як діяти тим замовникам, що обирають варіант № 1, — про це далі.

Поетапна інструкція щодо завершення тендеру

Отже, якщо замовник на свій страх і ризик вирішив таки довести процедуру закупівлі до фіналу, то діяти слід за таким алгоритмом:

Уповноважена особа (тендерний комітет) приймає рішення про скасування тих раніше прийнятих рішень, що визнані протиправними Органом оскарження, і складає відповідний протокол засідання. Саме з дня складення відповідного протоколу

починається перебіг строку на проведення повторного розгляду відповідних тендерних пропозицій;

Уповноважена особа (тендерний комітет) скасовує («обнуляє») результати кваліфікації учасників в ЕСЗ;

Звітування в АМКУ через ЕСЗ про виконання рішення;

Повторне проведення кваліфікації учасників (з наданням у разі потреби 24 годин для усунення виявлених невідповідностей). При цьому уповноважена особа (тендерний комітет) повторно розглядає лише ті тендерні пропозиції, результати розгляду яких були скасовані згідно з рішенням органу оскарження; щодо учасників, дискваліфікація яких не оскаржувалася, повторний розгляд тендерних пропозицій не проводиться, і в ЕСЗ завантажуються раніше складені протоколи про результати розгляду (відхилення) тендерних пропозицій.

Наостанок зауважимо: якщо за час оскарження сплив строк дії тендерних пропозицій учасників, а така ситуація цілком можлива у разі тривалого розгляду тендерних пропозицій (наприклад, якщо в тендері п'ятеро учасників, і строк розгляду кожної пропозиції продовжувався), то у замовника лише один вихід — відмінити тендер на підставі пункту 2 частини 1 статті 32 Закону про публічні закупівлі, тобто внаслідок неможливості усунення порушень, що виникли через виявлені порушення законодавства у сфері публічних закупівель, з описом таких порушень, які неможливо усунути. Однак перед відміною тендеру обов'язково слід виконати рішення Органу оскарження, скасувавши відповідні результати розгляду тендерних пропозицій і відзвітувавши про це в ЕСЗ, бо інакше керівник замовника ризикує отримати вище згаданий штраф на суму від 34 000 до 85 000 грн.

Висновки

Рішення про скасування первісних результатів розгляду тендерних пропозицій приймає не Орган оскарження чи електронна система закупівель, а лише замовник в особі уповноваженої особи (тендерного комітету) у формі протоколу її (його) засідання.

Виконуючи рішення Органу оскарження про повне чи часткове задоволення скарги, замовнику слід дотримуватися правила «роби лише те, що написано» і скасовувати лише ті власні рішення, які Органом оскарження визнані протиправними.

Кожен учасник публічних закупівель має право на об'єктивний та неупереджений



розгляд його пропозиції (але лише 1 раз!), що зумовлює необхідність повторного розгляду тендерної пропозиції у разі, якщо результати первісного розгляду були скасовані на вимогу Органу оскарження.

Закон про публічні закупівлі містить прогалину в частині правового регулювання повторного розгляду тендерних пропозицій, що унеможлиблює дотримання визначених законом строків розгляду тендерних пропозицій у разі принаймні часткового задоволення скарги на рішення / дії замовника, що відбулися після оцінки тендерних пропозицій. А тому замовник може або, діючи за аналогією з первісним розглядом, провести повторний розгляд визначених тендерних пропозицій, або відмінити закупівлю у зв'язку з неможливістю усунення порушень.

Для додаткового закріплення знань варто прочитати статтю на порталі RADNUK.COM.UA **«Типові порушення відхилення тендерної пропозиції учасника. Зразок протоколу про відхилення»**.