

Аналіз підстав для відхилення тендерних пропозицій згідно з пунктом 1 частини 1 статті 31 Закону. Практичне застосування та практика АМКУ

Спори категорії оскарження рішень замовників на предмет відхилення тендерних пропозицій є одними з найактуальніших у сфері публічних закупівель. Починаючи з 19 квітня 2020 року безпідставне відхилення або невідхилення тендерних пропозицій, які підлягали відхиленню відповідно до закону, призводять до наслідків застосування до службових (посадових), уповноважених осіб замовника штрафу у розмірі від 1500 до 3000 неоподатковуваних мінімумів доходів громадян, що в гривневому еквіваленті становить 25 500–51 000 грн (частина 3 статті 164¹⁴ [Кодексу України про адміністративні правопорушення](#)). Отже, питання законності відхилення або невідхилення тендерних пропозицій балансує на паритетному рівні* інтересів як учасників, так і замовників.

Підстави для відхилення тендерних пропозицій згідно зі статтею 31 [Закону України «Про публічні закупівлі»](#) (далі — Закон) умовно можна поділити на три групи:

вимоги до учасника (пункт 1 частини 1 статті 31 Закону);

вимоги до тендерної пропозиції (пункт 2 частини 1 статті 31 Закону);

вимоги до переможця (пункт 3 частини 1 статті 31 Закону).

У даній статті ми проаналізуємо першу групу підстав у контексті їх практичного застосування із урахуванням практики Антимонопольного комітету України (далі по тексту — АМКУ / Орган оскарження).

Вимоги до учасника

Більшість із зазначених у пункті 1 частини 1 статті 31 Закону підстав є новими по відношенню до попередньої редакції Закону, які були імplementовані в поточну редакцію лише 19 квітня 2020 року у зв'язку із набранням чинності Закону України «Про внесення змін до Закону України “Про публічні закупівлі” та деяких інших законодавчих актів України щодо вдосконалення публічних закупівель» від 19.09.2019 року № 114-ІХ.

До «нових» підстав належать:

абзац 3 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону (*учасник не відповідає додатковим вимогам замовника*);



абзац 4 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону (*учасник зазначив недостовірну інформацію*);

абзац 6 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону (*учасник не виправив виявлені невідповідності*);

абзац 7 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону (*учасник не обґрунтував аномально низьку ціну*);

абзац 8 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону (*учасник визначив конфіденційною інформацію, яка не може мати статус конфіденційної відповідно до Закону*).

До підстав, які перейшли з попередньої редакції Закону, належать:

абзац 2 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону (*учасник не відповідає кваліфікаційному(им) критерію(ям) або є підстави для відмови в участі в закупівлі*);

абзац 5 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону (*учасник не надав забезпечення тендерної пропозиції*).

Далі проаналізуємо кожну із підстав для відхилення тендерних пропозицій групи, зазначених у пункті 1 частини 1 статті 31 Закону.

Учасник процедури закупівлі не відповідає кваліфікаційним (кваліфікаційному) критеріям, установленим статтею 16 Закону та/або наявні підстави, встановлені частиною 1 статті 17 Закону (абзац 2 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону)

Стаття 16 Закону визначає наступні кваліфікаційні критерії, яким має відповідати учасник:

наявність в учасника процедури закупівлі обладнання, матеріально-технічної бази та технологій;

наявність в учасника процедури закупівлі працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід;

наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного

(аналогічних) за предметом закупівлі договору (договорів);

наявність фінансової спроможності, яка підтверджується фінансовою звітністю.

При цьому необхідно звернути увагу, що відповідно до частини 9 статті 26 та частини 16 статті 29 Закону перед відхиленням пропозиції учасника з підстав невідповідності кваліфікаційному(им) критерію(ям) замовник зобов'язаний направити повідомлення з вимогою про усунення невідповідностей.

Таке повідомлення розміщується в строк, який не може бути меншим, ніж 2 робочі дні до закінчення розгляду тендерних пропозицій, а учасник має виправити невідповідності протягом 24 годин з моменту розміщення замовником такого повідомлення.

Стаття 17 Закону містить 13 обов'язкових підстав для відмови в участі у процедурі закупівлі, встановлених частиною 1 статті 17 Закону, та одну «плаваючу» підставу, яка встановлена частиною 2 статті 17 Закону. Дана «плаваюча» підстава пов'язується із невиконанням учасником своїх зобов'язань 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 3 років з дати дострокового розірвання такого договору. Виходячи з конструкції частини 2 статті 17 Закону (*замовник може прийняти рішення про відмову*), ця підстава не має імперативного характеру, а тому застосування такої підстави покладається на розсуд замовника.

Учасник процедури закупівлі не відповідає встановленим абзацом 1 частини 3 статті 22 Закону вимогам до учасника відповідно до законодавства (абзац 3 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону)

Абзац 1 частини 3 статті 22 Закону визначає, що тендерна документація може містити іншу інформацію, вимоги щодо наявності якої передбачені законодавством та яку замовник вважає за необхідне включити до тендерної документації.

У разі невідповідності учасника цим додатковим вимогам, які безпосередньо ототожнюються із вимогами законодавства, замовник зобов'язаний відхилити тендерні пропозиції відповідно до абзацу 3 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону.

Виходячи з практики здійснення публічних закупівель, замовники застосовують зазначену підставу, як правило, у зв'язку із ненаданням документів на вимогу розділу «Інші вимоги до учасників закупівель» у відповідних додатках тендерної документації або якщо надані документи не відповідають вимогам закону або суб'єктивному сприйняттю замовника.

Приклад 1. У закупівлі [UA-2020-07-23-007175-b](#) замовник встановив, що учасник процедури закупівлі не відповідає вимогам підпункту 1 пункту 2 таблиці 1 « Інші вимоги до учасників закупівель» додатка № 2 до тендерної документації: надана учасником ліцензія на право провадження господарської діяльності у сфері поводження з небезпечними відходами не дає права на утилізацію «Відходи, які складаються або містять хімічні речовини, що не відповідають специфікації або мають прострочений термін придатності». Підстава відхилення тендерної пропозиції — абзац 3 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону. АМКУ встановив, що пропозиція скаржника була правомірно відхилена замовником з підстав, наведених у протоколі розгляду тендерних пропозицій (рішення від 22.10.2020 року № 19723-р/пк-пз);

Приклад 2. У закупівлі [UA-2020-07-21-005802-b](#) замовник встановив, що учасник процедури закупівлі не відповідає вимогам тендерної документації. Згідно з пунктом 2 додатка 2.1 до тендерної документації учасник надає: завірену підписом та печаткою учасника процедури закупівлі копію MSDS (або паспорт безпеки матеріалу). Учасником надано копію MSDS, який не містить інформації про ім'я, адресу, номер телефону згідно до ISO 11014:2009 — Safety data sheet for chemical products. Підстава відхилення тендерної пропозиції — абзац 3 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону. АМКУ встановив, що пропозиція учасника була неправомірно відхилена з зазначеної підстави, оскільки замовник не довів та документально не підтвердив, що наданий документ не є MSDS або паспортом безпеки матеріалу (рішення від 07.10.2020 року № 18890-р/пк-пз).

Учасник процедури закупівлі зазначив у тендерній пропозиції недостовірну інформацію, що є суттєвою при визначенні результатів процедури закупівлі, яку замовником виявлено згідно з частиною 15 статті 29 Закону (абзац 4 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону)

Виходячи зі змісту частини 15 статті 29 Закону, дана підстава може бути застосована через механізм звернення замовника за підтвердженням наданої учасником інформації до органів державної влади, підприємств, установ та організацій. Для застосування такої підстави відхилення інформація має бути суттєвою при визначенні результатів процедури закупівлі.

Закон, а також інші нормативно-правові акти України не містять тлумачення категорії

«суттєвості» (тобто відсутні критерії або ознаки такої категорії). Такі обставини допускають можливість оціночного сприйняття поняття «суттєвості», що може провокувати ризики зловживань та виникнення спорів.

При цьому необхідно зауважити, що практика вирішення спорів у сфері публічних закупівель свідчить, що, як правило, дослідженню підлягають питання наявності або відсутності факту надання недостовірної інформації, а не її суттєвості (рішення АМКУ від 06.10.2020 року № 18777-р/пк-пз, від 23.10.2020 року № 19816-р/пк-пз, від 21.08.2020 року № 15937-р/пк-пз).

Отже, у рішенні АМКУ від 21.08.2020 року № 15937-р/пк-пз (UA-2020-06-03-003409-с) зафіксовано позицію скаржника: «Відповідно до пункту 11.2 розділу 11 ГОСТ 32680-2014 гарантійний строк зберігання вставки складає 3 (три) роки з дня їх виготовлення. Відомості щодо гарантійного строку експлуатації відсутні. Згідно зі зразком сертифіката якості гарантійний строк зберігання вставки складає 3 (три) роки з дня їх виготовлення. Відомості щодо гарантійного строку експлуатації відсутні. Всупереч технічним та якісним документам в довідці № 11 від 15.06.2020 р. учасник вказує "гарантійний термін експлуатації, зберігання: 3 роки". Скаржник вважає, що заявлений гарантійний строк експлуатації підпадає під визначення "недостовірної інформації"». У процесі розгляду скарги Орган оскарження дійшов висновку, що скаржник не довів надання переможцем у складі пропозиції недостовірної інформації та не довів, що запропонований учасником товар не є витратним матеріалом. Враховуючи вищезазначене, відсутні підстави для задоволення скарги в цій частині.

У процесі розгляду іншої скарги (оголошення № [UA-2020-07-24-001203-a](#)) скаржник зазначив, що в описі основних технічних характеристик від 16.07.2020 року (файл «техвимоги», стор. 4) допущений до аукціону учасник зазначив, що постачальником вугілля кам'яного ДГ (13-100), яке пропонується до постачання, є ТОВ «В», натомість у складі пропозиції такого учасника міститься договір, за змістом якого постачальником вугілля кам'яного ДГ (13-100) та Д (50-100) є ТОВ «О», а не ТОВ «В», як про це заявляє учасник. Орган оскарження робить висновок, що в документі «Опис основних технічних характеристик» відсутня інформація про постачальника ТОВ «О», а тому допущений до аукціону учасник зазначив у тендерній пропозиції недостовірну інформацію, що є суттєвою при визначенні результатів процедури закупівлі. У зв'язку з чим у замовника наявні підстави для відхилення пропозиції допущеного до аукціону учасника, визначені пунктом 1 частини 1 статті 31 Закону (рішення АМКУ від 23.10.2020 року № 19816-р/пк-пз).

Більше практики Органу оскарження — у статті на порталі RADNUK.COM.UA

[«Розглядаємо практичні ситуації відмови учасників в участі у зв'язку з наданням недостовірної інформації»](#).

Учасник процедури закупівлі не надав забезпечення

тендерної пропозиції, якщо таке забезпечення вимагалось замовником, та/або забезпечення тендерної пропозиції не відповідає умовам, що визначені замовником у тендерній документації до такого забезпечення тендерної пропозиції (абзац 5 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону)

Першочергово необхідно акцентувати, що для застосування такої підстави достатнім є не лише наявність факту відсутності забезпечення тендерної пропозиції, а й надання забезпечення, яке не відповідало умовам, що визначені замовником.

Зазначена позиція підтверджується практикою АМКУ. Зокрема, у рішенні від 21.09.2020 року № 17723-р/пк-пз (оголошення № [UA-2020-07-09-007390-с](#)) Орган оскарження встановив, що надана учасником банківська гарантія відповідає вимогам Закону, але не відповідає умовам, що визначені замовником у документації. Отже, АМКУ робить висновок, що пропозиція скаржника була правомірно відхилена замовником, у зв'язку з чим відсутні підстави для задоволення скарги в цій частині.

Учасник процедури закупівель не виправив виявлені замовником після розкриття тендерних пропозицій невідповідності в інформації та/або документах, що подані ним у своїй тендерній пропозиції, протягом 24 годин з моменту розміщення замовником в електронній системі закупівель повідомлення з вимогою про усунення таких невідповідностей (абзац 6 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону)

Дана підстава викликає багато запитань серед замовників та учасників ринку, зокрема: за яких умов замовник може відхилити тендерну пропозицію учасника на підставі абзацу 2 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону (*учасник процедури закупівлі не відповідає кваліфікаційним критеріям*), враховуючи існування підстави, визначеної абзацом 6 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону (*учасник не виправив невідповідності в документах, що підтверджують відповідність кваліфікаційним критеріям*)?

Дане запитання виникає у зв'язку з тим, що Закон самостійною підставою для відхилення тендерних пропозицій визначає як абзац 2 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону, так і абзац 6 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону. На наш погляд, дане запитання є неоднозначним з наступних причин.

Закон передбачає прямий зв'язок між невідповідністю учасника кваліфікаційним критеріям та необхідністю застосування механізму виправлення невідповідностей (*частина 9 статті 26 та частина 16 статті 29 Закону*). І можливість відхилення пропозиції учасника в «один крок» опосередковано впливає лише з того, що законодавець окремою підставою для відхилення визначив абзац 2 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону.



Виходячи із системного аналізу як самого Закону, так і специфіки ринку публічних закупівель, можливо дійти висновку, що застосування абзацу 2 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону як окремої підстави для відхилення, без направлення повідомлення з вимогою про усунення невідповідностей, можливе лише у виняткових випадках, які безпосередньо пов'язуються із об'єктивною неможливістю виправити встановлені невідповідності.

Наприклад, замовник як кваліфікаційний критерій встановлює пункт 2 частини 2 статті 16 Закону, а саме: наявність фінансової спроможності, яка підтверджується фінансовою звітністю. При цьому вимагає надання підтвердження обсягу річного доходу (виручки) у певному розмірі (*цей розмір є меншим за очікувану вартість предмета закупівлі, а тому така вимога є цілком законною*).

Учасник зі свого боку підтверджує звітом про фінансові результати річний дохід (виручку) у меншому розмірі, ніж визначив замовник. У такому разі розглядається, що учасник не відповідає визначеному замовником кваліфікаційному критерію і не зможе усунути виявлену невідповідність, оскільки показники фінансової звітності відображають сталу та незмінну величину, тобто не можуть бути змінені. У такому разі допустимо застосовувати абзац 2 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону, без направлення повідомлення з вимогою про усунення невідповідностей.

Інший приклад: як кваліфікаційний критерій замовник встановлює пункт 2 частини 2 статті 16 Закону, а саме: наявність в учасника процедури закупівлі працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід. Учасник не тільки не підтверджує відповідність такому критерію, але й самостійно повідомляє в окремій довідці, що зазначені працівники у нього відсутні. Аналогічно першому випадку, учасник заздалегідь вважається таким, що не відповідає встановленому кваліфікаційному критерію і об'єктивно не може виправити таку невідповідність.

Необхідно розуміти, що відхилення учасника «в один крок» є пограничним рішенням, і кожний окремий випадок може мати безліч інтерпретацій, провокувати оціночне сприйняття, а тому є ризиковим.

У цьому питанні доцільно розглянути рішення АМКУ від 09.06.2020 року № 11296-р/пк-пз (оголошення № [UA-2020-04-28-001135-a](https://radnuk.com.ua/praktyka_zakupivel/praktika-oskarzhennja/analiz-pidstav-dlia-vidkhylennia-tendernykh-propozytsij-zhidno-z-punktom-1-chastyny-1-statti-31-zakonu-praktychne-zastosuvannia-ta-praktyka-amku/)), у якому Орган оскарження фактично визнав необхідність застосовувати механізм виправлення невідповідностей в умовах неможливості учасника виправити такі невідповідності. За цим кейсом замовник відхилив тендерну пропозицію учасника з підстав відсутності працівників. І при цьому учасник, який має статус ФОП, в окремих довідках повідомив, що у своїй підприємницькій

діяльності найманих працівників не використовує, діяльність здійснює самостійно. Тобто підтвердив, що він не відповідає заявленому критерію незалежно від обставин. Орган оскарження встановив, що пропозиція скаржника не відповідала умовам документації в цій частині. І разом з цим наголосив (*виходячи з контексту*), що відхилення пропозиції учасника без застосування механізму виправлення невідповідностей розглядається як неправомірне відхилення.

З огляду на спірність даного питання та окремі позиції АМКУ відхилення тендерної пропозиції учасника в «один крок» у будь-якому разі розглядається ризиковим рішенням, а тому є nereкомендованим до застосування.

Ще більше нюансів застосування другого шансу на перемогу — у публікаціях на порталі **RADNUK.COM.UA** [«Інтерв'ю з представником АМКУ щодо неоднозначного трактування виправлення помилок учасниками протягом 24 годин»](#) та [«Важливі питання щодо виправлення протягом 24 годин розглядаємо з представником Мінекономіки»](#).

Учасник процедури закупівель не надав обґрунтування аномально низької ціни тендерної пропозиції протягом строку, визначеного в частині 14 статті 29 Закону (абзац 7 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону)

Абзац 7 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону надає замовнику можливість відхилити тендерну пропозицію учасника в разі ненадання учасником обґрунтування аномально низької ціни. Сам зміст такого нового інструменту проведення закупівель, як «аномально низька ціна», врегульовано в пункті 3 частини 1 статті 1 та частині 14 статті 29 Закону та покликаний здійснити протидію ціновому демпінгу.

Отже, аномально низька ціна визначається електронною системою закупівель автоматично, що в подальшому надає учаснику право обґрунтувати в довільній формі таку аномальну ціну (*найбільш економічно вигідну тендерну пропозицію*). І, виходячи із комплексного аналізу Закону, можливо дійти висновку, що обов'язок замовника застосувати зазначену підставу відхилення тендерних пропозицій виникає лише в разі ненадання учасником обґрунтування у строк, обумовлений Законом (*протягом одного робочого дня з дня визначення найбільш економічно вигідної пропозиції*).

При цьому замовнику надається можливість / право відхилити тендерну пропозицію, якщо учасник не надав **належного** обґрунтування такій ціні. Тобто при такій правовій конструкції Закону замовник може вільно відхиляти тендерні пропозиції учасників при умові, якщо згідно з його власною суб'єктивною та оціночною думкою надане учасником обґрунтування аномально низькій ціні є недостатнім або неналежним. Що, звісно, може провокувати ризики можливих зловживань та спорів.

Крім того, визначені у пункті 3 частини 1 статті 1 Закону критерії аномально низької ціни можуть виявитися завищеними у своєму цифровому вираженні (*різниця між цінами в 40 % та 30 %*), оскільки, виходячи з тверджень багатьох професійних гравців ринку публічних закупівель, реальний ціновий демпінг виражений у більш меншому показнику різниць у цінах.

Розібратися із практичним застосуванням аномально низької ціни допоможе публікація на порталі RADNUK.COM.UA [**«Інтерв'ю з Головою АМКУ щодо аномально низької ціни та практичні поради»**](#).

Учасник процедури закупівель визначив конфіденційною інформацію, що не може бути визначена як конфіденційна відповідно до вимог частини 2 статті 28 Закону (абзац 8 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону)

Зазначена підстава прямо пов'язується з інформацією, яка не може мати конфіденційний статус згідно з переліком інформації, який наведено в абзаці 2 частини 2 статті 28 Закону, а саме: конфіденційною не може бути визначена інформація про запропоновану ціну, інші критерії оцінки, технічні умови, технічні специфікації та документи, що підтверджують відповідність кваліфікаційним критеріям відповідно до статті 16 цього Закону, і документи, що підтверджують відсутність підстав, установлених статтею 17 цього Закону.

Як приклад, у рішенні АМКУ від 08.09.2020 року № 16910-р/пк-пз ([UA-2020-06-26-008203-a](#)) зафіксовано наступну позицію скаржника: *«Переможець надав довідку про документальне підтвердження досвіду виконання аналогічних договорів № 18/2020. У складі своєї пропозиції переможець надав: договір НАК "Нафтогаз України" з додатками та листом-відгуком.pdf; договір Кока-Кола з додатками та листом-відгуком.pdf. Учасник визначив їх конфіденційними з наступним обґрунтуванням: комерційна таємниця відповідно до умов даного договору. Проте, на думку скаржника, така інформація не може бути віднесена до конфіденційної згідно з вимогами частини 2 статті 28 Закону»*. Замовник у поясненнях заперечував на тих підставах, що відповідно до Закону до договорів застосовується положення про конфіденційність у разі, якщо в договорах між сторонами не було отримано згоди на їх розголошення. За таких умов, на думку замовника, за оприлюднення учасником закупівлі договорів до нього можуть бути застосовані штрафні санкції та це призведе до втрати його ділової репутації як надійного виконавця. Розглянувши це питання, Орган оскарження дійшов висновку про незаконність рішення замовника в цій частині та необхідність відхилення пропозиції переможця, оскільки наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного (аналогічних) за предметом закупівлі договору (договорів) є кваліфікаційним критерієм,

що підтверджує відповідність учасника згідно зі статтею 16 Закону та положеннями Документації. Переможець порушив дану вимогу Закону та не міг визначати такі договори як конфіденційні.

Висновки

Оновлений перелік підстав для відхилення тендерних пропозицій згідно з пунктом 1 частини 1 статті 31 Закону, на наш погляд, є більш збалансованим та допрацьованим, порівняно із попередньою редакцією Закону. У цілому чинна редакція Закону позитивно впливає на практику здійснення публічних закупівель, оскільки його положення, з одного боку, хоч і розширили перелік підстав для відхилення тендерних пропозицій, а з іншого, обмежили можливості замовників приймати відповідні рішення шляхом введення конкретних та вичерпних підстав.

Головним чином, виключення з переліку підстав такої «розмитої» та загальноживаної підстави для відхилення, як «невідповідність тендерної пропозиції умовам тендерної документації», є досить позитивним кроком, адже виключення такої підстави із Закону ускладнює замовникам можливість відхиляти тендерні пропозиції, у яких допущено незначні порушення тендерної документації, які за змістом не впливають на правосуб'єктний статус учасника та характеристики предмета закупівлі. І наявна практика АМКУ в певному сенсі це доводить. Разом з цим практика АМКУ також доводить і те, що замовники продовжують відхиляти тендерні пропозиції в умовах формування штучних підстав, намагаючись у такий спосіб лобювати «своїх» постачальників.

Щоденно слідкуйте за порталом RADNUK.COM.UA, адже у наступній статті **[«Аналіз підстав для відхилення тендерних пропозицій згідно з пунктом 2 частини 1 статті 31 Закону. Практичне застосування та практика АМКУ»](#)** та **[«Чи правомірне відхилення за відсутність зразків товару?»](#)** ви побачите ще більше коментарів та рішень Органу оскарження щодо сьогоденної тематики.

Паритет (лат. paritas — рівність) — рівноцінність двох або кількох цілей.

Корисне до матеріалу: Безкоштовний вебінар на тему: “Відхилення – не вирок!”