

Яких змін зазнає моніторинг згідно з новою редакцією Закону про публічні закупівлі?

Ухвалений 19.09.2019 Верховною Радою Закон України «Про внесення змін до Закону України «Про публічні закупівлі» та деяких інших законодавчих актів України щодо вдосконалення публічних закупівель» № 114-IX (далі — Закон про зміни) не залишив поза увагою і такий захід державного фінансового контролю, як моніторинг закупівель, який також зазнав змін.

Тож про те, що змінилось, що нового з'явилося, від чого законодавець відмовився в контексті моніторингу, — читайте в цій статті.

Нагадаємо, що частиною 1 розділу X Закону про зміни передбачено, що цей Закон набирає чинності з дня, наступного за днем його опублікування, та вводиться в дію через шість місяців з дня його опублікування, крім розділу VI, який вводиться в дію через 12 місяців з дня його опублікування.

Зважаючи на те, що Закон про зміни опубліковано в офіційному виданні «Голос України» 19.10.2019, введення в дію цього Закону відбудеться 19.04.2020. Отже, і нові правила щодо проведення моніторингу процедур закупівель будуть застосовувати з 19.04.2020.

Що змінилось?

По-перше. Змінилось поняття «моніторинг закупівлі» на поняття «моніторинг **процедури** закупівлі». Так, пунктом 14 частини 1 статті 1 Закону про зміни моніторинг процедури закупівлі — це аналіз дотримання замовником законодавства у сфері публічних закупівель під час проведення процедури закупівлі, укладення договору про закупівлю та протягом його дії для запобігання порушенням законодавства у сфері публічних закупівель.

З нового поняття зник вислів «на всіх стадіях закупівлі», який замінено на «під час проведення процедури закупівлі, укладення договору про закупівлю та протягом його дії».

Водночас головним, на мою думку, є зміна змісту поняття (терміна) «моніторинг закупівлі» на «моніторинг **процедури** закупівлі». Таким чином законодавець передбачив можливість проведення моніторингу **лише процедур закупівель**. А такими процедурами закупівель, згідно зі статтею 13 Закону про зміни, є: відкриті торги; торги з обмеженою участю; конкурентний діалог; переговорна процедура закупівлі. Тому право Держаудитслужби проводити моніторинг спрощених закупівель Законом про зміни не передбачене.

Однак, як свідчить наявна наразі практика проведення моніторингу аудиторами, Держаудитслужба проводить моніторинг і «допорогових закупівель». Чому так відбувається? Та чому в майбутньому можливе проведення моніторингу і спрощених закупівель? Відповідь на ці питання така: у Держаудитслужби є перелік автоматичних

індикаторів ризиків, затверджений наказом Державної аудиторської служби України від 11.09.2018 № 196, які на сьогодні спрацьовують незалежно від того, про який вид закупівлі розмістив інформацію замовник у системі ProZorro. Тобто ризик-індикатор може спрацювати в таких закупівлях та інформації: відкриті торги; конкурентний діалог; переговорна процедура закупівлі, звіт про укладений договір або взагалі допорогова закупівля. Для прикладу¹ наведемо декілька з можливих індикаторів ризику для товарів і послуг, які за певних обставин можуть спрацювати у звіті про укладений договір, що оприлюднений замовником, чи в допороговій закупівлі:

RISK-1-10-1 — договір про закупівлю товарів або послуг, укладений з порушенням вимог Закону *[замовник оприлюднив звіт про укладені договори на закупівлю товарів або послуг на суму, що перевищує встановлені частиною першою статті 2 Закону вартісні межі (200 тис. грн)]*;

RISK-1-10-3 — незастосування процедур закупівлі товарів або послуг, визначених Законом *[замовник оголосив допорогову закупівлю на закупівлю товарів або послуг на суму, що перевищує встановлені частиною першою статті 2 Закону вартісні межі (200 тис. грн)]*;

RISK2-5П — повторювана закупівля, коли замовник уже здійснив допорогову закупівлю (тендер або звіт) з однаковим кодом предмета закупівлі (срв), загальна сума яких дорівнює або перевищує 200 тис. грн *[замовник проводить допорогову закупівлю товарів чи послуг за одним кодом СРВ протягом календарного року, що в сумі становить 200,0 тис. грн (або 1,0 млн грн)]*;

RISK-2-5-2П — непроведення конкурентних процедур закупівель під час придбання товарів та послуг *[замовник оприлюднив два і більше звіти про укладені договори з однаковим кодом предмета закупівлі (срв), загальна сума яких дорівнює або перевищує 200 тис. грн]*.

А тому замовникам не слід залишати вказане поза увагою, а якщо орган державного фінансового контролю провів такий контрольний захід щодо нині «допорогових», а в майбутньому «спрощених» закупівель, — здійснювати захист своїх прав у суді.

Не є виключенням із цього і «звіти про укладення договору» (у майбутньому так звані звіти про договір про закупівлю, укладений без використання електронної системи), оскільки, як я вказував вище, моніторинг Держаудитслужба матиме право проводити лише щодо

таких процедур закупівель: відкриті торги; торги з обмеженою участю; конкурентний діалог; переговорна процедура закупівлі. Тому і у випадку моніторингу у звітах, оприлюднених за результатами укладення прямих договорів, також рекомендую

здійснювати захист своїх інтересів у суді, акцентуючи на незаконності проведення аудиторами такого контрольного заходу щодо зазначеної інформації, оприлюдненої замовником в електронній системі закупівель.

По-друге. Відтепер, згідно із Законом про зміни, порядок здійснення моніторингу процедур публічних закупівель передбачений статтею 8 цього Закону.

По-третє. Дещо змінено стадію, протягом якої відбувається моніторинг. Так, згідно з абзацом 2 частини 1 статті 8 Закону про зміни, моніторинг процедури закупівлі відбувається протягом проведення процедури закупівлі, укладення договору про закупівлю та його дії. Як бачимо, зникло слово «виконання». Однак зі вказаною зміною не можу погодитися, адже дія договору можлива і навіть після того, як договір виконано (як приклад — гарантійні зобов'язання за договором). Якщо орган державного фінансового контролю проведе моніторинг виконаного договору, який ще діє, та виявить порушення, наприклад: невідхилення тендерних пропозицій, які підлягали відхиленню відповідно до закону, а ще краще — тендерну документацію складено не відповідно до вимог закону тощо, то вказане змусить замовників звертатись до суду з оскарженням висновку про результати моніторингу, адже будь-які інші дії (заперечення до Висновку або інформація про причини неможливості усунення виявлених порушень) не врятують членів тендерного комітету / уповноважених осіб від адміністративної відповідальності.

По-четверте. Також у контексті змін варто згадати й про таке: зник один з видів аналізу даних, яким могла користуватися Держаудитслужба при виявленні ознак порушення (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель, — *дані органів державної влади, органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій, замовників та учасників процедур закупівель, які можуть отримати органи державного фінансового контролю в порядку, установленому законом.*

Однак, зокрема, залишилася така підстава для проведення моніторингу: «2) інформація, отримана від органів державної влади, народних депутатів України, органів місцевого самоврядування, про наявність ознак порушення (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель». Зверніть увагу, що дана норма дещо розширена, а нове в ній те, що тепер підставою для моніторингу може слугувати інформація, отримана в тому числі від народних депутатів.

По-п'яте. Згідно із Законом про зміни, Держаудитслужба оприлюднюватиме не «рішення про початок моніторингу», а «повідомлення про прийняття рішення про початок моніторингу» (частина 3 статті 8 Закону про зміни).

Так, частина 3 статті 8 Закону про зміни матиме такий вигляд: «**Повідомлення про прийняття** рішення про початок моніторингу процедури закупівлі орган державного фінансового контролю оприлюднює в електронній системі закупівель протягом двох робочих днів з дня прийняття такого рішення із зазначенням унікального номера оголошення про **проведення конкурентної процедури закупівлі**, присвоєного електронною системою закупівель, та/або унікального номера повідомлення про намір

укласти договір про закупівлю **у разі застосування переговорної процедури закупівлі**, а також опису підстав для здійснення моніторингу процедури закупівлі».

Дана стаття доповнена словами «конкурентна процедура закупівлі» та «переговорна процедура закупівлі», що є цілком логічним, оскільки моніторинг процедур закупівель відбуватиметься лише щодо процедур, передбачених статтею 13 Закону про зміни.

Варто звернути увагу також на нюанс у пункті 5 частини 7 статті 3 Закону про зміни, де законодавець одноразово в Законі про зміни іменує спрощену закупівлю — «процедурою». З приводу вказаного слід зважати на статтю 13 Закону про зміни, бо цією нормою визначено чіткий перелік процедур закупівель, якими є: відкриті торги; торги з обмеженою участю; конкурентний діалог; переговорна процедура закупівлі. Та слід положення даної статті Закону про зміни вважати визначальними, оскільки вказана норма не відносить спрощені закупівлі до процедур закупівель.

Що нового?

По-перше. Свого часу при розробленні порядку проведення моніторингу законодавець не звернув увагу на спеціальні закони у сфері закупівель, що, своєю чергою, унеможливило проведення органами державного фінансового контролю моніторингу закупівель енергосервісу та для потреб оборони. Закон про зміни таку ситуацію виправив, у ньому внормовано проведення моніторингу процедур закупівель, особливості яких передбачені в окремих законах. Так, моніторинг процедур закупівель відбуватиметься також щодо процедур закупівель, особливості яких передбачені в законах, що визначені в частинах восьмій та дев'ятій статті 3 Закону про зміни. А саме:

послуги з підготовки фахівців, наукових, науково-педагогічних та робітничих кадрів, підвищення кваліфікації та перепідготовки кадрів (післядипломна освіта) за державним замовленням;

товари і послуги, закупівлю яких здійснюють відповідно до програм Глобального фонду для боротьби зі СНІДом, туберкульозом та малярією в Україні, що виконують відповідно до закону;

послуги енергосервісу (частина 8 статті 3 Закону про зміни);

особливості здійснення закупівель, визначених Законом про зміни, для

гарантованого забезпечення потреб оборони (крім товарів, робіт і послуг, що підлягають закупівлі відповідно до угод у порядку, визначеному пунктом б частини п'ятої цієї статті) Міністерством оборони України та його розвідувальним органом, Міністерством внутрішніх справ України, Службою безпеки України, Національною гвардією України, Національною поліцією України, Державною прикордонною службою України, Службою зовнішньої розвідки України, Державною службою спеціального зв'язку та захисту інформації України, Державною спеціальною службою транспорту, Державною службою України з надзвичайних ситуацій, Управлінням державної охорони України та іншими військовими формуваннями та/або частинами в особливий період, у період проведення операції об'єднаних сил, антитерористичної операції, у період введення воєнного чи надзвичайного стану встановлюються окремим законом (частина 9 статті 3 Закону про зміни).

По-друге. Зі вступом у дію Закону про зміни орган державного фінансового контролю у Висновку повинен з-поміж іншого також зазначати: код за Єдиним закупівельним словником (у разі поділу на лоти такі відомості повинні зазначатися щодо кожного лота) та назви відповідних класифікаторів предмета закупівлі і частин предмета закупівлі (лотів) (за наявності) (пункт 2 частини 7 статті 8 Закону про зміни).

По-третє. Якщо під час моніторингу, за результатами якого виявлено ознаки порушення законодавства у сфері публічних закупівель, було відмінено тендер чи визнано його таким, що не відбувся, орган державного фінансового контролю зазначає опис порушення без зобов'язання щодо усунення такого порушення (абзац 4 частини 7 статті 8 Закону про зміни). Якщо замовник відмінить процедуру до опублікування в системі Висновку про результати моніторингу, то він міститиме лише опис порушень, яких, на думку аудиторів, припустився замовник під час оголошення та проведення такої процедури. Такий опис слугуватиме превентивним заходом: якщо зауваження аудиторів будуть справедливими, то зважання на них замовником у своїй роботі допоможе йому в майбутньому уникати подібних порушень.

По-четверте. Якщо за результатами моніторингу процедури закупівлі виявлено ознаки порушення законодавства, вжиття заходів щодо яких не належить до компетенції органу державного фінансового контролю, про це письмово повідомляються відповідні державні органи (абзац 5 частини 7 статті 8 Закону про зміни). **По-п'яте.** При оскарженні Висновку до суду замовник повинен зазначати в електронній системі закупівель про відкриття провадження у справі протягом наступного робочого дня з дня отримання інформації про відкриття такого провадження та номер такого провадження (частина 10 статті 8 Закону про зміни). Як це розуміти? Після направлення позову до суду суддя виносить ухвалу про відкриття провадження у справі, яке отримує відповідний номер. Його потрібно розмістити в електронній системі та вказати інформацію про відкриття такого провадження. Що вважати датою отримання інформації про відкриття такого провадження? Такою датою є дата надходження на адресу замовника відповідної ухвали про відкриття провадження поштою або особисте отримання такої ухвали в суді

представником замовника.

По-шосте. УВАГА! За результатами моніторингу процедури закупівлі Держаудитслужба матиме право складати протоколи про адміністративні правопорушення за статтею 164-14 КУпАП. Дане право передбачене частиною 11 статті 8 Закону про зміни, яка має такий вигляд: якщо замовник не усунув визначене у Висновку порушення, що призвело до невиконання ним вимог, передбачених цим Законом, а також Висновок не оскаржено до суду, то орган державного фінансового контролю після закінчення строку на оскарження до суду, визначеного в частині десятій цієї статті, за результатами моніторингу вчиняє дії щодо притягнення до адміністративної відповідальності за порушення законодавства у сфері публічних закупівель. Номер протоколу зазначається в електронній системі закупівель наступного робочого дня з дня складання протоколу, а також зазначаються дата та номер відкриття провадження у справі протягом наступного робочого дня з дня отримання інформації про відкриття такого провадження.

Слід зважати на важливі аспекти. **Так, складовими підставами для складення протоколу за статтею 164-14 КУпАП є: неусунення порушення, а також неоскарження такого Висновку до суду.** А тому особисто моя рекомендація є такою: якщо порушення не усунуте (або його усунення неможливе), то треба оскаржувати Висновок до суду, навіть якщо ви розумієте, що припустилися порушення. Бо сам факт оскарження Висновку до суду не надасть прав органу державного фінансового контролю складати за результатами моніторингу процедур закупівель протоколи за статтею 164-14 КУпАП.

КОМЕНТАР

У контексті зміни під номером шість зроблю ремарку щодо того, яким чином орган державного фінансового контролю дізнається про коло суб'єктів, відповідальних за вчинення правопорушення, передбаченого статтею 164-14 КУпАП.

На мою думку, по-перше завжди існуватиме варіант, що аудиторам заздалегідь буде відоме з власних джерел коло можливих суб'єктів відповідальності конкретного замовника у зв'язку зі специфікою роботи аудитора.

По-друге, якщо виходити з наявного Порядку оформлення Держаудитслужбою та її міжрегіональними територіальними органами матеріалів про адміністративні правопорушення, який затверджений наказом Держаудитслужби від 01.12.2016 № 168, то, використовуючи пункт 8 розділу II цього нормативу, Держаудитслужба замовникам направлятиме листи-запрошення для складання та підписання протоколів (до речі, на сьогодні вказаний метод запрошення активно працює).

По-третє, звісно, не виключаємо особистий виїзд посадових осіб Держаудитслужби безпосередньо за місцем знаходження замовника.

Від чого відмовились?

Аналіз статті 8 Закону про зміни вказує на виключення з нього взагалі можливості проведення перевірок закупівель, які наразі передбачені частинами 11 та 12 статті 7-1 Закону України «Про публічні закупівлі».

Наразі є чинним Порядок проведення перевірок закупівель Державною аудиторською службою, її міжрегіональними територіальними органами, затверджений Постановою Кабінету Міністрів України від 1 серпня 2013 року № 631 (далі — Порядок № 631), пункт 4 якого досі встановлює сім виключних підстав для проведення перевірок закупівель, три з яких проводять щодо моніторингу, зокрема:

замовник не усунув порушення, визначене у Висновку, і таке порушення матиме негативний вплив для бюджетів, а також Висновок не оскаржено до суду;

виявлення під час моніторингу закупівлі порушень щодо невідповідності опублікованих в електронній системі закупівель умов договору про закупівлю змісту тендерної пропозиції переможця процедури закупівлі за результатами аукціону (у тому числі ціни за одиницю товару) або ціни пропозиції учасника в разі застосування переговорної процедури закупівлі;

замовник не усунув порушення, визначене у Висновку, і таке порушення призвело до невиконання ним вимог Закону України «Про публічні закупівлі», а також Висновок не оскаржено до суду.

До того ж розділ X «Прикінцеві та перехідні положення» Закону про зміни не передбачає внесення змін до Порядку № 631.

Водночас частина 8 розділу X «Прикінцеві та перехідні положення» Закону про зміни зобов'язує Кабінет Міністрів України у шестимісячний строк із дня набрання чинності цим Законом:

узгодити свої нормативно-правові акти із цим Законом;

забезпечити узгодження міністерствами, іншими центральними органами виконавчої влади їхніх нормативно-правових актів із цим Законом;

забезпечити прийняття нормативно-правових актів, необхідних для реалізації положень цього Закону.

А тому з приводу вказаного чекаємо узгодження Кабінетом Міністрів України Порядку № 631 зі змістом Закону про зміни.

Замість висновку

Важливо! Слід звернути окрему увагу, що проведення Держаудитслужбою моніторингу окремих процедур закупівель не позбавляє права такий контрольний орган виявляти порушення законодавства (у т. ч. в закупівлях) під час інших контрольних заходів: перевірки закупівель, інспектування (у формі планових або позапланових ревізій).

Строки проведення моніторингу залишилися незмінними, а стаття «Моніторинг закупівель: хто? кого? як?» не втрачає своєї актуальності, тож із загальними засадами здійснення моніторингу (беручи до уваги викладений у цій статті матеріал) ви можете ознайомитись у випуску [журналу № 11 \(86\) за листопад 2018 року на стор. 8-13](#).

КОМЕНТАР

Щодо законності проведення моніторингу процедур закупівель, оголошених до введення в дію нової редакції Закону (тобто, наприклад, оголошених 18.04.2020), чи договорів, які виконують і які були укладені за «старим Законом», зазначу, що в Прикінцевих і перехідних положеннях Закону про зміни відсутні будь-які виключення щодо проведення моніторингу процедур закупівель, оголошених до введення в дію нової редакції Закону. Тому, беручи до уваги поняття моніторингу процедури закупівлі (а саме те, що це — аналіз дотримання замовником законодавства у сфері публічних закупівель під час проведення процедури закупівлі, укладення договору про закупівлю та протягом його дії з метою запобігання порушенням законодавства у сфері публічних закупівель), неможливості проведення такого контрольного заходу щодо процедур, оголошених до введення в дію нової редакції Закону, особисто я не бачу. Тобто моніторинг цілком може бути як у процедурах, проведених згідно зі «старою» редакцією Закону, так і в процедурах, здійснених відповідно до «нової» редакції Закону України «Про публічні закупівлі».



¹ Наведений перелік індикаторів ризику, що спрацьовують у звітах про укладені договори чи допорогових закупівлях з використанням електронної системи закупівель, не є виключним та наведений для прикладу. Також зверніть увагу, що аналогічні індикатори ризику існують і для такого виду предмета закупівлі, як «роботи».