

Замовник в оскарженні: строки та дії!

Частина друга

На порталі RADNUK.COM.UA в попередній статті «[Замовник в оскарженні: строки та дії!](#)» ми розглянули порядок дій замовника під час оскарження тендеру до розкриття тендерних пропозицій та аукціону. Наразі розглянемо алгоритм оскарження після на прикладі відкритих торгів з публікацією англійською мовою, адже вони мають значно більше етапів проведення, ніж звичайні відкриті торги.

Читачам слід враховувати, що більшість дій є аналогічними як для відкритих торгів, так і для відкритих торгів із публікацією англійською мовою. У відкритих торгах з публікацією англійською мовою після закінчення строку для подання тендерних пропозицій електронна система закупівель відразу розкриває пропозиції учасників, що їх подали, крім їхніх цін.

Далі у замовника є до 20 робочих днів, щоб розглянути пропозиції учасників і прийняти рішення про допущення їх до аукціону. У цей період замовник у разі потреби має застосувати механізм про виправлення невідповідностей пропозиції учасника протягом 24 годин, що передбачений частиною 16 статті 29 Закону.

У результаті замовник має прийняти рішення про відхилення учасників та/або допущення учасників до аукціону.

І з огляду на його рішення він може отримати ситуацію, коли учасник це рішення оскаржить. При цьому скарга може бути як щодо підстав для відхилення учасника скаржника, так і щодо допущення інших учасників до аукціону.

Наприклад, учасник, якого відхилено з аргументованих підстав і в нього немає підстав для оскарження цього рішення, може оскаржити рішення про допущення іншого учасника до аукціону, як у цій закупівлі: UA-2020-06-18-007068-с. Найчастіше такої ситуації замовнику слід очікувати, коли до аукціону допущено лише двох учасників. Тоді відхилений учасник розуміє: якщо його скаргу Колегія задовольнить і зобов'яже замовника скасувати рішення про допущення хоча б одного із учасників, закупівля не відбудеться, а отже, відхилений учасник матиме шанс брати участь у цій самій закупівлі, коли замовник її переоголосить. Проте найчастіше учасники все-таки оскаржують своє відхилення.

Скарги, що стосуються прийнятих рішень, дій чи бездіяльності замовника, які відбулися після розгляду тендерних пропозицій у відкритих торгах з публікацією англійською мовою, подаються **протягом п'яти днів з дня** оприлюднення в електронній системі закупівель протоколу розгляду тендерних пропозицій.

У період оскарження цей етап рахується в календарних днях, а не робочих. Тому як період для оскарження він найкоротший серед передбачених Законом.

Якщо ж учасник усе-таки подав скаргу, процедура закупівлі призупиняється, і замовник має очікувати рішення Колегії та може діяти в тому самому порядку, що ми описали у статті **«Замовник в оскарженні: строки та дії!»** стосовно першого періоду для оскарження.

Строки розгляду скарги Колегією такі самі, як для всіх алгоритмів оскарження, але в цьому періоді для замовника є досить неузгоджені законодавством моменти. Законом встановлено, що після подання суб'єктом оскарження скарги до Органу оскарження електронна система закупівель автоматично призупиняє початок електронного аукціону.

Укладення договору про закупівлю під час оскарження забороняється. Розгляд скарги зупиняє перебіг строків, **установлених для укладання договору**. Перебіг цих строків продовжується з дня, наступного за днем прийняття рішення органом оскарження за результатами розгляду скарги, рішення про припинення розгляду скарги або рішення про залишення скарги без розгляду.

Закон призупиняє початок електронного аукціону та строки для укладання договору, але не зупиняє строки розгляду тендерних пропозицій.

Тому в разі, коли замовник прийняв оскаржуване рішення в останні дні періоду розгляду тендерних пропозицій, а Колегія розглядала скаргу впродовж відведених 10 робочих днів, прийняте нею рішення може повернути замовника на період розгляду тендерних пропозицій, коли цей період уже закінчився.

Наприклад, Колегія за результатами розгляду скарги прийняла рішення скасувати рішення замовника про відхилення учасника. Відповідно, скасувавши таке рішення, замовник повертає учасника на етап розгляду його пропозиції і має прийняти нове рішення щодо цього учасника про його допущення чи відхилення.

У закупівлі за ідентифікатором *UA-2020-05-27-002983-b* замовник надав учаснику 24 години на виправлення невідповідностей його тендерної пропозиції і визначив його переможцем. Проте виявилось, що учасник виправив не всі невідповідності, і інший учасник оскаржив таке рішення замовника.

Колегія це підтвердила, встановивши: *«Замовник, не виявивши невідповідність в наведених вище документах, наданих переможцем на підтвердження відповідності кваліфікаційному критерію, визначеному статтею 16 Закону, та не надавши учаснику можливість виправити наведені вище невідповідності, порушив вимоги частини шістнадцятої статті 29 Закону та частини дев'ятої статті 26 Закону.*

*Враховуючи інформацію, наведену в мотивувальній частині рішення, **Замовник порушив вимоги** частини шістнадцятої статті 29 Закону та частини дев'ятої статті 26 Закону».*

У результаті Колегія постановила зобов'язати замовника скасувати рішення про визначення учасника переможцем процедури закупівлі.

Замовник рішення Колегії виконав, проте скористався умовами частини 16 статті 29 Закону, що встановлюють, що замовник не може розміщувати щодо одного й того самого учасника процедури закупівлі більш ніж один раз повідомлення з вимогою про усунення невідповідностей в інформації та/або документах, що подані учасником у тендерній пропозиції, **крім випадків, пов'язаних з виконанням рішення Органу оскарження.**

У результаті замовник повернув учасника на період розгляду тендерної пропозиції, ще раз надав йому 24 години на виправлення невідповідностей його тендерної пропозиції і знову визначив його переможцем (див. рис. 1).

Учасник	Рішення	Пропозиція	Опубліковано	Додатково
ТОВ "ІНЕКС РЕАЛ" #41310760	Рішення скасоване	4 889 295,00 УАН з ПДВ	13 серпня 2020 • 16:31	
ТОВАРИСТВО З ОБМЕЖЕНОЮ ВІДПОВІДАЛЬНІСТЮ "ФІРМА "ЮНІКОМ" #41198044	Рішення скасоване	4 921 865,00 УАН з ПДВ	13 серпня 2020 • 16:31	
ТОВ "Чернігів Буд" #43081533	Рішення скасоване	5 278 000,00 УАН з ПДВ	13 серпня 2020 • 16:31	
ТОВ "ІНЕКС РЕАЛ" #41310760	Рішення скасоване	4 889 295,00 УАН з ПДВ	30 вересня 2020 • 14:45	Вимога про усунення невідповідностей до 15 серпня 2020 • 15:52 Повідомлення
ТОВ "ІНЕКС РЕАЛ" #41310760	Переможець	4 889 295,00 УАН з ПДВ	01 жовтня 2020 • 17:33	Вимога про усунення невідповідностей до 01 жовтня 2020 • 15:03 Повідомлення

Рис.1

Проте не всі замовники такі сумлінні. Багато хто, користуючись неузгодженістю норм Закону щодо строків розгляду тендерних пропозицій, які не призупиняються під час оскарження закупівлі, відміняє процедуру закупівлі з підстав неможливості усунення

порушень, що виникли через виявлені порушення законодавства у сфері публічних закупівель (пункт 2 частини 1 статті 32 Закону). **Це рішення неправильне!**

Наприклад, у відкритих торгах з публікацією англійською мовою в разі скасування рішення про відхилення учасника і завершення періоду розгляду тендерних пропозицій наступний етап, що настає у закупівлі, — це аукціон.

Нагадаємо, що в період оскарження електронна система закупівель автоматично призупиняє початок електронного аукціону, а отже, він відновлюється за результатами розгляду скарги в разі її задоволення. По суті, **скасувавши рішення про відхилення тендерної пропозиції учасника, замовник має допустити його до аукціону.**

Щодо звичайних відкритих торгів

У звичайних відкритих торгах скарги, що стосуються прийнятих рішень, дії чи бездіяльності замовника, які відбулися після оцінки тендерних пропозицій учасників, подаються протягом десяти днів з дня, коли суб'єкт оскарження дізнався або повинен був дізнатися про порушення своїх прав унаслідок рішення, дії чи бездіяльності замовника, але до дня укладення договору про закупівлю. І знову ж таки строк розгляду тендерних пропозицій не зупиняється, але зупиняється строк для укладання договору.

Як приклад приведемо рішення Сьомого апеляційного адміністративного суду м. Вінниці, справа № 600/633/20-а. Ситуація склалась таким чином, що:

Колегія зобов'язала замовника скасувати рішення про відхилення тендерної пропозиції скаржника, а той відмінив усю закупівлю на підставі частини 1 статті 31 Закону (у редакції Закону до 19.04.2020) — неможливості усунення порушення, що виникли через виявлені порушення законодавства з питань публічних закупівель.

Судом встановлено, що «необхідною умовою для реалізації рішення Колегії є беззаперечне виконання цього рішення, яке набрало чинності з дня його прийняття, а саме здійснення / продовження відповідачем (замовником) розгляду та оцінки тендерних пропозицій учасників, а не відміни процедури відкритих торгів на закупівлю.

*При цьому колегія суддів вважає **помилковими доводи відповідача щодо пропущених строків, на які посилався останній, ухвалюючи оскаржуване рішення**, з огляду на те, що найбільш економічно вигідну пропозицію визначено 02.03.2020, що підтверджується матеріалами справи, та зазначена пропозиція була розглянута 10.03.2020 на засіданні тендерного комітету, що вказує на відсутність порушення вимог частини 4 статті 28 Закону про державні закупівлі та, відповідно, відсутність підстав застосування частини 1 статті 31 зазначеного Закону.*

Тобто відповідач, приймаючи оскаржуване рішення, діяв не у спосіб, визначений Законом,



без врахування фактичних обставин, які явно тлумачаться на користь позивача, що також вказує на порушення вимог Закону в частині змісту висновку, як акта індивідуальної дії, оскільки відповідачем не вказано жодного аргументу, який би свідчив про те, що замовник наділений повноваженнями діяти всупереч рішенню Колегії.

Враховуючи вищезазначене, колегія суддів вважає правомірним висновок суду першої інстанції, що у відповідача як суб'єкта владних повноважень в даних правовідносинах відсутні повноваження діяти на власний розсуд, з урахуванням чинного рішення Постійно діючої адміністративної Колегії, а тому вимога позивача зобов'язального характеру є такою, що підлягає задоволенню повністю, оскільки узгоджується з вимогами частини 4 статті 245 КАС України».

Цікавим у цьому судовому рішенні є ще й те, що Суд не прийняв до уваги навіть те, що неможливо повернути скасовану замовником закупівлю до активного стану, та постановив, що **доводи апеляційної скарги, що процедура закупівлі, яку позивач просить продовжити, є завершеною (не є активною), будь-які дії вчинити технічно неможливо, колегія суддів вважає необґрунтованими, оскільки неправомірні дії відповідача не можуть бути способом ухилення від виконання рішення Колегії та не сприяє забезпеченню принципів відкритості та прозорості, на яких базується запроваджена процедура відкритих торгів.**

У відкритих торгах з публікацією англійською мовою після аукціону закупівля переходить на наступний етап розгляду тендерних пропозицій, що відповідає такому самому етапу звичайних відкритих торгів.

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 (частина 10 статті 29 Закону).

Ключова відмінність у тому, що у звичайних відкритих торгах замовник має розглянути тендерні пропозиції і прийняти рішення про їх відхилення або визначення серед них переможця процедури закупівлі.

У відкритих торгах з публікацією англійською мовою після аукціону тендерні пропозиції, по суті, уже розглянуті, і замовник має визначити переможця закупівлі, яким по факту є учасник, що запропонував найнижчу ціну.

Проте деякі замовники й тут намагаються вплинути на результат закупівлі.

Наприклад, у закупівлі № UA-2020-05-15-000758-а за процедурою відкритих торгів з



публікацією англійською мовою замовник в тендерній документації встановив вимогу, що учасник, тендерна пропозиція якого за результатами оцінки визначена найбільш економічно вигідною та перебуває в статусі «Розгляд тендерної пропозиції / Кваліфікація переможця / Період кваліфікації», зобов'язаний протягом п'яти днів після допущення його до розгляду (після завершення аукціону або відхилення попередньої пропозиції тощо) розмістити на майданчику (за умови технічної можливості електронної системи закупівель) та направити на електронну адресу замовника сканований документ, який містить остаточну тендерну пропозицію (цінову) за результатами пониження ціни на аукціоні, у разі пониження ціни.

У результаті замовник відхилив учасника, що був допущений до аукціону, за результатами якого його пропозиція була найнижчою, з підстав ненадання остаточної тендерної пропозиції (цінової).

Однак щодо даної процедури закупівлі було прийнято рішення ДАСУ щодо проведення моніторингу процедури закупівлі і під час моніторингу було встановлено, що *«замовник за результатами розгляду тендерної пропозиції учасника допустив останнього до оцінки та за результатами аукціону визначив його переможцем»*.

*Проте, відповідно до протоколу засідання тендерного комітету, замовник після розгляду та оцінки тендерної пропозиції учасника відхилив його через ненадання останнім остаточної тендерної цінової пропозиції. Отже, замовник відхилив тендерну пропозицію учасника за відсутності підстав, визначених у статті 31 Закону, **через ненадання учасником документів після розгляду та оцінки тендерної пропозиції, надання яких не передбачено нормами Закону, та, як результат, не є підставою для відхилення тендерної пропозиції»**.*

Тож у результаті звичайного розвитку процедури закупівлі чи через оскарження, але замовник доходить до етапу, коли переможець закупівлі визначений, і з цього часу, а точніше — з моменту, коли замовником опубліковано намір про укладення договору про закупівлю, настає ще один етап, коли прийняте замовником рішення може бути оскаржено.

Оскарження рішення про визначення переможця

У відкритих торгах з публікацією англійською мовою на цьому етапі може скаржитись тільки учасник(и), що не виграв в аукціоні, але був до нього допущений. Учасники, які були відхилені на етапі розгляду тендерних пропозицій, подати скаргу вже не можуть.

У звичайних відкритих торгах подати скаргу можуть усі учасники, чиї пропозиції були подані для участі в цій процедурі закупівлі.

Для оскарження відповідного рішення замовника є 10 днів з дати його опублікування. У ці

10 днів учасник, якому направлено намір про укладення договору, має оприлюднити в електронній системі закупівель документи, передбачені статтею 17 Закону та тендерною документацією.

Отже, у ці 10 днів дії учасника в частині оприлюднення цих документів можуть бути оскаржені іншими учасниками, а також замовник може прийняти рішення про його відхилення на підставі пункту 3 частини 1 статті 31 Закону, а саме з підстави, коли переможець процедури закупівлі не надав у спосіб, зазначений в тендерній документації, документи, що підтверджують відсутність підстав, установлених статтею 17 цього Закону. Проте замовник може прийняти відповідне рішення і після спливу 10 днів, адже рішення про відхилення переможця процедури закупівлі може бути прийнято замовником з підстав, коли переможець процедури закупівлі:

відмовився від підписання договору про закупівлю відповідно до вимог тендерної документації або укладення договору про закупівлю;

не надав у спосіб, зазначений в тендерній документації, документи, що підтверджують відсутність підстав, установлених статтею 17 цього Закону;

не надав копію ліцензії або документа дозвільного характеру (у разі їх наявності) відповідно до частини 2 статті 41 цього Закону;

не надав забезпечення виконання договору про закупівлю, якщо таке забезпечення вимагалось замовником.

Нагадаємо, що замовник укладає договір про закупівлю з учасником, який визнаний переможцем процедури закупівлі, протягом строку дії його пропозиції, не пізніше ніж через 20 днів з дня прийняття рішення про намір укласти договір про закупівлю відповідно до вимог тендерної документації та тендерної пропозиції переможця процедури закупівлі. У випадку обґрунтованої необхідності строк для укладання договору може бути продовжений до 60 днів (частина 6 статті 33 Закону).

Проте замовник має розуміти: якщо він прийме рішення про відхилення переможця процедури закупівлі, останній також має право оскаржити таке рішення протягом 10 днів з дня оприлюднення відповідного рішення замовника.

Тож у підсумку можемо зауважити, що всі стадії процедури закупівлі відкритих торгів забезпечені можливістю учасникам оскаржувати неправомірні рішення замовника. Саме тому замовнику варто зважувати кожне рішення, що він приймає, з огляду на перспективи оскарження та при цьому орієнтуватися на практику Колегії в частині прийнятих нею рішень. Водночас замовники не повинні боятися оскарження, адже якщо їхні дії були відповідно до вимог Закону, вони завжди можуть розраховувати, що рішення Колегії буде прийнято на їхню користь.