

Тендерні заручини або суть спотворення торгів

Не треба парами ходити на торги...

«Не треба парами ходити на торги» — хештег, що часто зустрічається в повідомленнях членів Антимонопольного комітету України (далі — АМКУ, Комітет) у соцмережах про новий штраф, накладений на учасників процедури закупівлі за вчинення порушення у вигляді антиконкурентних узгоджених дій, що стосуються спотворення результатів тендерів.

З цього приводу існує багато дискусій, суперечок, різноманітної практики як самих органів АМКУ, так і судової гілки влади. Обговорюють як підходи до доказування, належність доказів, методику своєчасного виявлення, розслідування та доведення порушень, так і саму суть порушення, суттєвість наслідків, до яких воно призводить, доречність покарання у вигляді «бану» на участь у торгах на найближчих три роки, а також недосконалість правової бази, що штовхає учасників на порушення вимог Закону України «Про захист економічної конкуренції» (далі — Закон про конкуренцію) та Закону України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон про публічні закупівлі, Закон).

Чому тендер та антиконкурентні узгоджені дії — несумісні речі?

Для того щоб розібратись у розмаїтті думок і позицій, сформувані свій погляд на зазначений інститут, а також практичну реалізацію правових норм, що його складають, на практиці варто перш за все спробувати знайти відповідь на питання про те, для чого законодавець більше 20 років тому відніс такі дії учасників торгів до порушень конкурентного законодавства та 2014 року передбачив достатньо суворий і не характерний для інших порушень вид відповідальності за їх вчинення — заборону брати участь у торгах протягом трьох років з дня прийняття рішення.

Пошук відповіді потрібно починати з правової природи самого тендеру (процедури закупівлі). Тендер відбувається для придбання замовниками товарів найкращої якості за найнижчою вартістю. Або якщо цитувати принцип закупівлі, який кореспондується із цією метою, то «з метою досягнення максимальної економії та ефективності».

Сфера закупівель є однією з найбільш вразливих до корупційних проявів та зловживань, що пов'язано зі значним місцем, що займає держава як споживач на ринках товарів, робіт і послуг. *Обсяг того, що закуповує та споживає держава щороку, в сукупності значно перевищує обсяг, який здатен за аналогічний період спожити/придбати будь-який суб'єкт недержавного сектору економіки.* Держава має притаманні виключно їй риси, функції та повноваження, як-от застосування примусу та нормотворчість — формування правил

поведінки суб'єктів у межах своєї території. Поєднання функцій регулятора ринків та найбільшого споживача з огляду на обсяг коштів, що обертаються у сфері закупівель, і створює цей ризик корупційних проявів, на максимальне нівелювання якого спрямовано особливий порядок здійснення державою придбання необхідних їй товарів у рамках процедури публічної закупівлі.

При цьому важливим є те, що проведення процедури закупівлі з порушенням правил конкуренції може призвести не тільки до витрачання державою значних коштів через придбання товарів за цінами, вище ринкових, або придбання товарів нижчої якості, у результаті незабезпечення здорового конкурентного середовища між постачальниками, а й передусім до значних змін структури самих ринків, де єдиним або основним споживачем є саме державні інституції.

Найкращого інструмента для забезпечення можливості здійснити ефективну закупівлю з огляду на співвідношення між якістю та вартістю, а також строків такого придбання, ніж конкуренція фахівці та законотворці розвинених країн поки не вигадали. І на сьогодні в Україні, як і в більшій частині світу, тендери (торги, публічні закупівлі) — це саме той механізм, за допомогою якого держава створює конкурентне середовище, у межах якого купує необхідні їй товари, роботи або послуги.

Процедура проведення закупівлі побудована на тому, що бізнес, беручи в ній участь, добросовісно конкурує один з одним, намагаючись отримати перемогу та контракт з державою, що буде гарантованим ринком збуту для нього на певний період та плюсом до ділової репутації постачальника, одним з клієнтів якого є сама держава. Держава своєю чергою повинна забезпечити для бізнесу та замовників такі умови, за яких перемагатимуть завдяки власним досягненням, а замовники матимуть змогу та обов'язок об'єктивно обрати «максимально економне та ефективне».

Я не зупинятимусь зараз на порушенні порядку проведення процедури закупівлі самими замовниками. І роблю це не тому, що такі порушення менш значні, суттєві або наслідки від таких порушень є меншими. Якраз навпаки, зі свого досвіду роботи в органі оскарження та конкурентному відомстві можу впевнено говорити про те, що питома вага порушень у цій сфері припадає саме на дії, бездіяльність та рішення самих замовників. Але це — тема для окремої статті, навіть серії статей, які значною мірою матимуть опосередкований стосунок до антиконкурентних узгоджених дій самих учасників. Можливо, саме тому «парні торги» не викликають такого обурення у громадськості, контрольних органів та перевіряльників. Їх навіть найчастіше виправдовує як суспільство, так і фахівці в галузі закупівель.

Однак із практики участі в чималій кількості справ щодо вчинення суб'єктами господарювання порушень законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді антиконкурентних узгоджених дій, що стосуються спотворення результатів торгів/тендерів, можу також впевнено стверджувати, що змови негативно впливають на конкурентне середовище на ринках під час закупівель та є, з одного боку, самі по собі фактором, що спотворює конкуренцію на торгах, а з іншого — одним з маркерів, що повинен бути приводом для компетентних органів подивитись уважно на процедури того чи іншого замовника або закупівлі тих чи інших товарів, на причини, що мотивують

учасників ринку йти на змову.

Чому, на мій погляд, змова в того чи іншого замовника або щодо закупівлі того чи іншого товару є тривожним дзвіночком для держави та потребує аналізу причин?

Бо учасники процедури закупівлі — це бізнес. А основна мета діяльності бізнесу — отримання прибутку.

«Парні торги» — це парні витрати, а значить собівартість тієї чи іншої продукції для учасника, й відповідно в кінцевому результаті вартість його цінової пропозиції, буде вищою рівно на ту суму, що витратив його «парний» партнер для участі в процедурі. Ті, хто на практиці або професійно в теорії займаються закупівлями, знають, скільки людино-годин та коштів необхідно витратити, щоб підготувати тендерну пропозицію, зібрати всі необхідні довідки та сертифікати, листи та висновки, не кажучи вже про процес технічного копіювання, звірки, заповнення та завантаження. Якщо бізнес іде на торги вдвох, навіть незважаючи на чимале збільшення собівартості пропозиції, значить бізнесові це вигідно з огляду на прибуток.

У чому може полягати профіт бізнесу та чому бізнес не йде шляхом економії? Варіантів багато, та вони є різними для окремих замовників або ринків.

Мотиви «парної участі» в торгах

Замовник відмінює процедуру закупівлі в разі подання для участі в ній або допущення до оцінки менше двох тендерних пропозицій, що є практичною реалізацією мети Закону — створення конкурентного середовища у сфері закупівель

*До основних **мотивів** «парної участі» перш за все я б віднесла **недопущення відміни процедури закупівлі замовником.***

Відповідно до статті 31 Закону про публічні закупівлі (аналогічні норми містились у Законі України «Про здійснення державних закупівель») замовник відмінює процедуру закупівлі в разі подання для участі в ній або допущення до оцінки менше двох тендерних пропозицій. *Зазначена норма є практичною реалізацією мети Закону про публічні закупівлі, закріпленої в його преамбулі, — створення конкурентного середовища у сфері закупівель.* Кажучи простою мовою, законодавець передбачає, що кожен тендер (окрім переговорної процедури, що має виключний перелік підстав для проведення) повинен проходити в конкурентній боротьбі, коли кілька учасників (не менше двох) змагатимуться між собою за перемогу. У випадку, коли така ситуація не виникає, законодавець не вважає такі торги такими, що відбулись. Відповідно до закладеної ним у Закон ідеї їх необхідно відмінити та провести нові, в яких матимуть змогу подати свої пропозиції більше учасників та відповідно буде забезпечене змагання між ними.

Однак також ні для кого не є новиною те, що тривалий час ринок державних закупівель був майже закритий для «випадкових» підприємств, асоціювався в уяві більшої частини бізнесу з «відкотами», корупцією, кримінальними справами, даремно витраченими коштами на участь та конкурентну боротьбу. Привабливість тендерів для приватного сектору економіки, який має здатність та бажання виробляти та продавати чесно, почала народжуватись разом з популяризацією системи [ProZorro](#), та на сьогодні є доволі

тендітною, невпевненою та хиткою. Не кожен учасник ринку має внутрішній потенціал, досвід та знання для того, аби наважитись та спробувати, або після кількох невдалих спроб вдосконалюватись та продовжувати конкурувати за державу-споживача.

Значну роль у цьому процесі відіграють самі замовники, окремі з яких, використовуючи доступні інструменти, всіляко знищують бажання «новачків» або «не своїх» брати участь у тендерах та боротись. Такі «виверти», як відміна процедур закупівель у випадку «небажаного» їх результату, невиконання рішень органу оскарження, прописування вимог тендерної документації таким чином, щоб максимально обмежити конкуренцію на користь окремого постачальника або товару, у кінцевому результаті можуть дати такі результати, яких і очікували досягти: «чужі» на закупівлю не придуть. *І на цій стадії замовник стикається з іншим викликом: а як забезпечити проведення процедури, якщо конкурентів уже немає?*

У цей момент народжується порушення, батьками якого нерідко є самі замовники, а саме змова на торгах. Наприклад, у моїй практиці був випадок, коли директор одного з «членів пари» на засіданні Комітету відверто та вголос пояснив, що компанію, яку він очолює, попросили взяти участь у закупівлі самі представники замовника, щоб закупівля відбулась.

І ми можемо довго сперечатися з професійним середовищем, чи є це добре, що було спочатку — порушення замовника чи змова, з чого повинен розпочинатись процес — з покарань за змови чи з виправлення замовників... Але в сухому залишку факт залишається фактом: небажання бізнесу брати участь у торгах, спричинене низкою факторів, у тому числі поведінкою самих замовників, спричиняє необхідність в окремих компаній, для яких з тих чи інших причин торги в конкретного замовника не втратили бізнес-привабливість, *брати із собою на торги «пару» саме з метою спотворення їх результату, а саме недопущення настання передбаченого законодавцем наслідку для таких торгів у вигляді відміни та отримання перемоги в закупівлі.*

Окреме місце в такій мотивації посідають так звані євроторги («європроцедури», «європороги»).

Це нова для України процедура, що була впроваджена зі введенням у дію Закону про публічні закупівлі 2016 року. Коли очікувана вартість закупівлі товарів або послуг перевищує 133 тисячі євро, а робіт — 5 150 тисяч євро, то торги проводять за іншим порядком. Встановлено спеціальні вимоги до оголошення про проведення такої процедури (ч. 4 ст. 10, ч. 2 ст. 21 Закону), строк для подання тендерних пропозицій (ч. 3 ст. 21 Закону), розкриття тендерних пропозицій (ч. 1 ст. 27 Закону), розгляд та оцінку тендерних пропозицій (ч. 1 та ч. 5 ст. 28 Закону). Дії замовника за такою процедурою мають свої особливості: спочатку замовник розглядає пропозиції на відповідність вимогам тендерної документації (не зупинятимусь на тому, що саме розглядає, це привід для окремої статті), потім приймає рішення про відхилення та/або допущення пропозицій учасників до аукціону. І лише після цього відбувається сам аукціон, на якому учасники конкурують між собою виключно вартістю, якщо тендерною документацією не передбачено інших критеріїв оцінки. У разі проведення звичайних відкритих торгів учасники спочатку конкурують між собою вартістю (відбувається аукціон), і лише після

цього замовник розглядає їхні пропозиції щодо відповідності вимогам тендерної документації.

Чому такі торги під час аналізу мотивації «прийти парою» я виділила окремо? **Саме для них законодавець передбачив таку підставу для відміни процедури, як допущення до оцінки пропозицій менше ніж двох учасників.** Що відбувається на практиці? Найпоширенішими є два варіанти розвитку подій.

Перший варіант

Це коли замовник, заклавши перед цим у тендерну документацію «потрібні фільтри» (або без цього), прискіпливо аналізує пропозиції учасників, знаходить невідповідності та відхиляє пропозиції всіх, окрім «пари». Звичайно, учасники можуть скористатись своїм правом та оскаржити до Колегії як рішення замовника про відхилення їхніх пропозицій, так і рішення про допущення пропозицій інших учасників. Але тут практика Колегії є різною, залежно від того, чи є такі невідповідності в пропозиціях як скаржника, так і допущених до аукціону. Бувають випадки застосування дискримінаційного підходу, якщо пропозиція відхиленого учасника відповідала вимогам документації та була неправомірно відхилена. Або пропозиції допущених не відповідали вимогам документації та мали б бути відхилені.

Але бувають і випадки, коли «бачиш, а вдіяти нічого не можеш»: пропозиція скаржника не відповідає вимогам, а в допущених учасників невідповідностей не виявлено. У результаті цього два учасники ідуть на аукціон, не маючи жодного наміру конкурувати між собою вартістю, а замовник отримує товар не за ціною, що була сформована за результатом конкуренції між ними, а за тією, за якою «пара» вирішила з тих чи інших причин його продати.

Звичайно, коли подібне виявляють під час розгляду скарг на Колегії, то обов'язково належно реагують: надають доручення органам Комітету на перевірку виявлених фактів щодо наявності ознак змови, відкривають справи, розслідують та притягають до відповідальності учасників.

Але чималою є кількість таких торгів, що не потрапляють на оскарження через низку чинників: відсутність потенціалу, бажання, вигоди для бізнесу у оскарженні, високого рівня лояльності українців до корупції та поки що занижкий попит на справедливість.

Другий варіант

Це коли учасники, не спираючись на впевненість у діях/бездіяльності замовника на їх користь, беруть ініціативу у свої руки та «кують щастя» на стадії оскарження.

Учасники заходять парою. Після розгляду замовником пропозицій щодо відповідності вимогам документації, за умови допущення до аукціону пропозицій інших, крім них самих, останні прискіпливо аналізують документи потенційних конкурентів, «вишукують» те, що через ті чи інші причини не помітив замовник та подають скаргу до Колегії щодо зобов'язання замовника скасувати рішення про допущення до аукціону пропозицій інших

учасників як таких, що не відповідають вимогам документації. Журналісти зазвичай пишуть у таких випадках: «АМКУ викинув з торгів...», «АМКУ віддав торги...» та багато інших негативних речей.

На практиці сприяє цьому кілька факторів.

По-перше, це принцип, закладений у Закон про публічні закупівлі: **тендерна пропозиція повинна відповідати вимогам тендерної документації завжди, для всіх та за будь-яких умов** (за винятком формальних помилок, що також є окремою темою). І орган оскарження в цьому випадку обмежений у варіантах рішень: **якщо пропозиція не відповідає — вона повинна бути відхилена**. «Пари» ж зазвичай професійно підготовлені до процесу, мають відповідних фахівців у штаті, та більша частина скарг, які надходять із цього приводу, із самого початку містить детальний виклад усіх невідповідностей, на які Колегія, незалежно від наявності щирого бажання, не має жодного права «заплющити очі», порушивши тим самим норму Закону.

По-друге, строки оскарження рішення замовника про допущення пропозиції учасника до аукціону доволі стислі — протягом 5 днів з моменту оприлюднення протоколу розгляду тендерних пропозицій (ч. 2 ст. 18 Закону України «Про публічні закупівлі»). **«Досвідчена пара» завжди дочекається останнього моменту для подання скарги. На тому етапі, коли інші учасники побачать, що рішення про їх допуск оскаржують, вони вже не мають жодної фізичної можливості подати скаргу зі свого боку на аналогічне рішення щодо «пари».**

І по-третє, саме «заходячи парою», вони без жодних коливань запускають такий механізм, бо чітко впевнені в тому, що до аукціону допущено їхні дві пропозиції, а це означає, що торги не буде відмінено.

Замовник має шанс отримати «імітацію» аукціону, коли учасники або взагалі не будуть торгуватись між собою, або конкуренція вартістю буде «уявною», спрямованою на те, щоб приховати сліди змови, а товар буде продано не за тією вартістю, яка б сформувалась унаслідок конкурентної боротьби, а за тією, за якою його забажає в неконкурентних умовах продати «пара» або основний її учасник. А в собівартість товару буде закладено всі витрати учасників на втілення своєї комбінації в життя.

Передбачаю, що в читача може виникнути заперечення: дійсно, бувають торги за окремими товарами, на які ніхто не хоче іти, коли замовник тривалий час нічого не може закупити, але такий механізм є вимушеною необхідністю.

Але давайте повернемося на кілька абзаців «до». «Парна участь» з метою уникнення відміни — це теж антиконкурентні узгоджені дії, що стосуються спотворення результатів торгів/тендерів. Законодавець не вважає аукціон з одним учасником конкурентною процедурою, а значить будь-які заходи, спрямовані на намагання це обійти, є порушенням закону.

Для таких випадків передбачено інший механізм — переговорну процедуру з чітко регламентованим та виключним переліком умов, за яких її можна провести без порушення вимог Закону. І шкода від «парних торгів» у такому випадку є набагато більшою за позитив, що існує в уяві замовників та представників бізнесу.

Другу мотивацію я б назвала «площиною для маневрів».

Сюди відносяться інші, більш диференційовані, мотиви для змови:

відкликання меншої пропозиції з метою перемоги більшої;

забезпечення можливості оскарження пропозиції другого з метою блокування та зриву тендеру;

поділ репутаційних ризиків та їх мінімізація для «нетехнічного» учасника;

розподіл ринків тощо.

Зазначеним мотивам я не приділяю окремо увагу, оскільки негативність та шкідливість процедур з таким чином «мотивованими парами» є переважно очевидною для широкого загалу та не отримує такої підтримки, розуміння та не спричиняє дискусій, на відміну від вищеописаної мотивації.

Також слід зауважити, що в кожному окремому випадку мотивів для змови може бути кілька. Або в процесі вони можуть видозмінюватися залежно від перебігу торгів, поведінки замовника та конкурентів.

Відсутність конкуренції як суть спотворення торгів

Незалежно від мотивів, суть антиконкурентних узгоджених дій залишається однаковою: дії задля заміни ризику, що притаманний конкурентному змаганням, на узгоджену поведінку між собою, що стосується спотворення результатів торгів/тендерів.

Змагальність продавців — учасників процедур закупівель — ґрунтується на невпевненості щодо інших учасників та їхньої поведінки та зумовлює необхідність кожним з учасників окремо пропонувати кращі умови замовникові за найнижчими цінами задля отримання перемоги в змаганні.

*Коли ми маємо справу з домовленостями між учасниками, то усувається така невпевненість. У результаті усувається конкуренція між ними, яка є основним та ключовим елементом у механізмі публічних закупівель, який повинен забезпечити замовникові максимальну економію та ефективність. Оскільки замовник обмежений у ході здійснення процедур закупівель лише тими пропозиціями, що були подані, то у випадках заміни учасниками конкуренції між собою на координацію замовник може не отримати той результат, який мав би в умовах справжньої конкурентної боротьби, а вибір переможця може відбутись не на принципах прозорої конкурентної процедури. **У підсумку узгодження учасниками торгів своїх тендерних пропозицій усуває конкуренцію та змагальність між ними, а отже, спотворює результат.***

У цьому аспекті ми маємо іншу професійну дискусію та нарікання: якщо жоден з «пари» не

переміг, то чи можна вважати, що результати торгів спотворені, а порушення були?

На початку процитую позицію касаційної інстанції з Оглядового листа Вищого господарського суду України від 25.11.2009 № 01-08/627 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із застосуванням конкурентного законодавства»: «Для кваліфікації дій суб'єкта господарювання як узгоджених антиконкурентних дій не є обов'язковим з'ясування наслідків у формі завдання збитків для його конкурентів чи споживачів або інше реальне порушення їх прав чи інтересів, оскільки достатнім є встановлення самого факту вчинення дій, які визначено як антиконкурентні узгоджені дії, та можливості настання таких наслідків».

Аналогічна позиція міститься в Постанові Пленуму Вищого господарського суду України від 26.12.2011 № 15, а саме: «Для кваліфікації дій суб'єктів господарювання як антиконкурентних узгоджених дій не є обов'язковим з'ясування настання наслідків у формі відповідно недопущення, усунення чи обмеження конкуренції, ущемлення інтересів інших суб'єктів господарювання (конкурентів, покупців) чи споживачів, зокрема через заподіяння їм шкоди (збитків) або іншого реального порушення їх прав чи інтересів, чи настання інших відповідних наслідків. Достатнім є встановлення самого факту вчинення дій, визначених законом як антиконкурентні узгоджені дії або можливості настання зазначених наслідків у зв'язку з відповідними діями таких суб'єктів господарювання».

Тож не важливо те, досягли в результаті такої змови учасники своєї мети чи не досягли. Достатньо лише того факту, що вони повинні були конкурувати між собою, але добровільно від цього відмовились.

У практиці АМКУ є рішення, що оскаржували, однак не були скасовані судовими органами, які визнали порушення та наклали штраф на учасників за антиконкурентні узгоджені дії, що закінчились відхиленням пропозицій одного або «пари», поразкою за результатом оцінки або відміною процедури. Зазначене не вплинуло на кваліфікацію дій учасників, відсутність або наявність ознак порушення, доведення або факту його вчинення та вини учасників у вчиненні порушення. Якщо провести аналогію з кримінальним законодавством, то там подібні склади порушення називаються формальними, коли для об'єктивної сторони настання негативних наслідків не є обов'язковим елементом, або усіченими, коли момент закінчення порушення пов'язується з учиненням діянням.

Антиконкурентні узгоджені дії: що важливо знати замовникам та учасникам торгів

У боротьбі з «парними торгами», окрім адвокатування, роз'яснення, популяризації сфери закупівель для бізнесу, дотримання замовниками правомірної лінії поведінки, **має важливе значення забезпечення принципу невідворотності покарання:** коли відсоток притягнутих до відповідальності за змову учасників буде дорівнювати відсотку тих, що їх вчинили, і при цьому жоден з учасників, що вчинив таке порушення, не зможе уникнути покарання.

Для цього перш за все має значення вчасне, ефективне й точне виявлення ознак

порушення. З огляду на ту кількість закупівель, що кожного дня відбуваються в Україні, є малоімовірним з точки зору ефективності та нераціональним з огляду на витрати людиногодин механізм виявлення ознак змов на торгах за допомогою аналізу органами АМКУ всіх процедур у системі ProZorro. На сьогодні більша частина порушень була виявлена за результатом звернення до АМКУ правоохоронних органів, громадських організацій, учасників ринку, народних депутатів тощо. Також значну частину порушень виявляють у результаті роботи органу оскарження. Відсоток звернень замовників щодо антиконкурентних дій досі залишається низьким.

Не дивлячись на те, що тендерні комітети замовників, розглядаючи пропозиції учасників, повинні бути першими, хто побачить можливі ознаки змови, що найчастіше супроводжуються саме зовнішньою подібністю в оформленні пропозицій, комітети або не звертають увагу на такі риси, або не вважають за необхідне та доцільне повідомляти про це органи АМКУ з різних причин.

Звичайно, є важливим проведення певної роз'яснювальної роботи серед замовників щодо того, яким чином виявляти можливі ознаки змови, на що перш за все потрібно звернути увагу та чому це має значення для сфери публічних закупівель. Однак під час таких заходів також необхідно звертати увагу на те, що учасники закупівель, що впевнено обрали для себе таку неправомірну «модель» досягнення бажаних результатів на тендерах, можуть використати отриману інформацію для вдосконалення своєї поведінки, процесу підготовки документів та «резюме» компаній. Зазначене може призвести до ускладнення процесу виявлення та доведення таких порушень, що зумовлює необхідність збереження певної обмеженості доступу учасників ринку до методологій виявлення та розслідування змов на торгах.

Окрім зазначеного, бувають випадки, коли тендерні комітети, виявивши можливі ознаки змови, приймають рішення про відхилення пропозицій таких учасників, посилаючись на те, що ті вчинили порушення законодавства про захист економічної конкуренції, яке є підставою для відмови учасникам в участі у торгах та відповідно відхилення їхніх пропозицій.

Таку практику не можна визнати правомірною з огляду на те, що відповідно до п. 4 ст. 17 Закону про публічні закупівлі замовник приймає рішення про відмову учасникові в участі у процедурі закупівлі та зобов'язаний відхилити його пропозицію, якщо суб'єкта господарювання (учасника) протягом останніх трьох років притягували до відповідальності за порушення, передбачене п. 4 ч. 2 ст. 6, п. 1 ст. 50 Закону про конкуренцію, у вигляді вчинення антиконкурентних узгоджених дій, що стосуються спотворення результатів торгів (тендерів). Рішення про притягнення до відповідальності за зазначене порушення приймають виключно органи АМКУ.

Виявлення замовником ознак вчинення такого порушення, незалежно від їх очевидності, достатності тощо, не може бути підставою для відхилення пропозиції учасника до того часу, поки рішення про притягнення суб'єкта господарювання до відповідальності за зазначене порушення не буде прийнято органами АМКУ.

Також (коли йдеться про застосування ст. 17 Закону про публічні закупівлі щодо

відхилення пропозиції учасника) важливим є розуміння замовниками покладеного на них Законом зобов'язання відхилити пропозицію учасника в описаному вище випадку. На сайті АМКУ з метою спрощення для замовників процесу виявлення фактів притягнення до відповідальності учасників процедур закупівель розміщено «Зведені відомості про рішення органів Комітету про визнання вчинення суб'єктами господарювання порушень законодавства про захист економічної конкуренції, передбачених пунктом 1 статті 50, пунктом 4 частини 2 статті 6 Закону про конкуренцію у вигляді спотворення результатів торгів (тендерів) та накладення штрафу». При цьому чинні нормативно-правові акти в цій сфері не зобов'язують АМКУ вести такий Реєстр та/або іншим чином оприлюднювати такі зведені дані, як і не регламентують порядок та спосіб такого оприлюднення, а також порядок перевірки та виявлення таких фактів замовниками. *У зв'язку із цим обов'язок відхилення, що не містить конкретного механізму пошуку та перевірки наявності підстав, передбачених п. 4 ч. 1 ст. 17 Закону про публічні закупівлі, по суті передбачає використання замовником доступних йому інструментів для цього.*

Також необхідно звернути увагу на те, що з прийняттям Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо забезпечення прозорості діяльності Антимонопольного комітету України» (12.11.2015) *на органи АМКУ було покладено обов'язок оприлюднювати рішення за результатом розгляду справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції на офіційному веб-сайті АМКУ протягом 10 робочих днів з дня його прийняття.*

Зазначене надає замовникам додаткову можливість отримати інформацію щодо притягнення до відповідальності учасника торгів за порушення у вигляді антиконкурентних узгоджених дій, що пов'язані зі спотворенням результатів торгів, тендерів, якщо таке притягнення відбулось після 12.11.2015, а також ознайомитися з повним текстом рішення.

Неоднакове розуміння часу набрання рішенням Комітету чинності

Говорячи про типові помилки замовників та учасників під час правозастосування п. 4 ч. 1 ст. 17 Закону про публічні закупівлі, не можна також оминати увагою *неоднакове розуміння останніми часу набрання рішенням Комітету чинності та наслідків оскарження в судовому порядку рішення АМКУ щодо притягнення суб'єктів господарювання до відповідальності за змови на торгах.*

Відповідно до ч. 3 ст. 56 Закону про конкуренцію особа, на яку накладено штраф за рішенням органу Антимонопольного комітету України, **сплачує його у двомісячний строк з дня одержання рішення про накладення штрафу.**

При цьому ч. 1 ст. 60 Закону про конкуренцію передбачає, що заявник, відповідач, третя особа мають право оскаржити рішення органів АМКУ повністю або частково **до господарського суду у двомісячний строк з дня одержання рішення, цей строк не може бути відновлено.**

Порушення господарським судом провадження у справі про визнання недійсним рішення органу АМКУ, прийнятого згідно з ч. 1 ст. 48 цього Закону, **зупиняє виконання зазначеного рішення органу АМКУ на час розгляду цієї справи.** При цьому в Законі застосовується визначення «виконання». Виконувати рішення Комітету можуть виключно ті суб'єкти, на яких зазначене рішення спрямоване. Дії ж замовника щодо відхилення пропозиції учасника, якого було притягнуто до відповідальності органами АМКУ за порушення, передбачені п. 1 ст. 50, п. 4 ч. 2 ст. 6 Закону про конкуренцію, впливають із його законодавчого обов'язку і не є виконанням рішення Комітету. **Дія цієї норми та зобов'язань замовника вчинити передбачені нею заходи не зупиняється в разі оскарження суб'єктом господарювання рішення органів Комітету про притягнення до передбаченої законом відповідальності за такі порушення.**

Для довідки!



52. Штрафи

Закон України «Про захист економічної конкуренції». Стаття

Органи Антимонопольного комітету України накладають штрафи на об'єднання, суб'єктів господарювання:

юридичних осіб;

фізичних осіб;

групу суб'єктів господарювання – юридичних та/або фізичних осіб, що відповідно до статті 1 цього Закону визнається суб'єктом господарювання, у випадках, передбачених частиною четвертою цієї статті.

За порушення, передбачені:

пунктами 1, 2 та 4 статті 50 цього Закону, накладаються штрафи у розмірі до десяти відсотків доходу (виручки) суб'єкта господарювання від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в



якому накладається штраф. У разі наявності незаконно одержаного прибутку, який перевищує десять відсотків зазначеного доходу (виручки), штраф накладається у розмірі, що не перевищує потрійного розміру незаконно одержаного прибутку. Розмір незаконно одержаного прибутку може бути обчислено оціночним шляхом;

пунктами 5, 8, 10, 11, 12 та 19 статті 50 цього Закону, накладаються штрафи у розмірі до п'яти відсотків доходу (виручки) суб'єкта господарювання від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф;

пунктами 9, 13-18 статті 50 цього Закону, накладаються штрафи у розмірі до одного відсотка доходу (виручки) суб'єкта господарювання від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) за останній звітний рік, що передував року, в якому накладається штраф.

Доход (виручка) суб'єкта господарювання від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) визначається як сумарна вартість доходу (виручки) від реалізації продукції (товарів, робіт, послуг) усіх юридичних та фізичних осіб, що входять до групи, яка визнається суб'єктом господарювання відповідно до статті 1 цього Закону.

У разі, коли декілька юридичних та/або фізичних осіб – суб'єктів господарювання, які входять до групи, що визнається суб'єктом господарювання, вчинили діяння (дії, бездіяльність), які призвели до порушення законодавства про захист економічної конкуренції зазначеним суб'єктом господарювання, та/або мають права, без яких вчинення порушення було б неможливим, та/або отримали чи можуть отримати переваги у конкуренції чи інші вигоди, штраф накладається на суб'єкт господарювання в особі юридичних та/або фізичних осіб, які вчинили наведені діяння (дії, бездіяльність) або отримали чи можуть отримати наведені вигоди. Під вигодою вважається, зокрема, можливість впливати на діяльність інших юридичних та/або фізичних осіб – суб'єктів господарювання, одержання частини їх прибутку.

Якщо доходу (виручки) немає або відповідач на вимогу органів Антимонопольного комітету України, голови його територіального відділення не надав розмір доходу (виручки), штраф, передбачений абзацом другим частини другої цієї статті, накладається у розмірі до двадцяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян; штраф, передбачений абзацом третім частини другої цієї статті, – у розмірі до десяти тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян; штраф, передбачений абзацом четвертим частини другої цієї статті, – у розмірі до двох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

У разі потреби розмір доходу (виручки) може бути визначений органами



Антимонопольного комітету України на підставі адміністративної інформації, отриманої з інших джерел.

Рішення про накладення штрафів у розмірах понад чотири тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян приймаються виключно Антимонопольним комітетом України, адміністративною колегією Антимонопольного комітету України на їх засіданнях.

У разі, якщо суб'єкт господарювання працював менше одного року, розмір штрафу обчислюється від доходу (виручки) суб'єкта господарювання за весь час до прийняття рішення про накладення штрафу.

Для тих, хто дочитав статтю до кінця в очікуванні відповіді на таке запитання: «Яким чином уникнути притягнення до відповідальності за антиконкурентні узгоджені дії, що стосуються спотворення результатів торгів, тендерів?», даю простий та на сто відсотків ефективний рецепт: НЕ ТРЕБА ПАРАМИ ХОДИТИ НА ТОРГИ, парами краще в РАЦ.

Використана література

Про публічні закупівлі: Закон України від 25.12.2015 URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/922-19>

Про здійснення державних закупівель: Закон України від 10.04.2014 (втратив чинність) URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/1197-18>

Про здійснення державних закупівель: Закон України від 01.06.2010 (втратив чинність) URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2289-17>

Про захист економічної конкуренції: Закон України від 11.01.2001 URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/2210-14>

Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із застосуванням конкурентного законодавства: Оглядовий лист Вищого господарського суду України від 25.11.2009 № 01-08/627 URL: http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v_627600-09