

Відхилення — не вирок!

*Переможці ніколи не здаються, а ті,
що здалися, ніколи не перемагають.*
Вінс Ломбарді

Безпідставне відхилення, мабуть, найбільш сумне і прикре порушення законодавства у сфері публічних закупівель. І хоча оновлена редакція статті 164¹⁴ [Кодексу України про адміністративні правопорушення](#) на сьогодні передбачає відповідальність за відхилення тендерних пропозицій на підставах, не передбачених [Законом України «Про публічні закупівлі»](#) (далі — Закон), або не у відповідності до вимог Закону (безпідставне відхилення) у вигляді штрафів від 1,5 до 3 тис. неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (від 25 500 до 51 000 грн), безпідставне відхилення залишається одним із найбільш розповсюджених порушень. Розглянемо декілька прикладів оскаржень з хепі-ендом.

Учасник тричі подавав скаргу в одній процедурі закупівлі на безпідставне відхилення його тендерної пропозиції, і тричі Постійно діюча адміністративна колегія Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі — Колегія) ставала на його сторону. Оголошення № [UA-2020-07-09-002707-b](#), ДК 021:2015: 37530000-2 — Вироби для парків розваг, настільних або кімнатних ігор, очікувана вартість 19 998 700,00 грн.

1. Рішення № 18007-р/пк-пз від 24.09.2020

Підстави відхилення: не відповідає кваліфікаційним критеріям. Не відповідає вимогам тендерної документації.

Причини відхилення:

учасником не надано лист або довідку довільної форми щодо застосування заходів із захисту довкілля;

учасником не підтверджено наявність необхідної матеріально-технічної бази для виконання технічних вимог замовника згідно з Додатком № 3 до тендерної документації, а саме: демонтаж старого обладнання, встановлення (монтаж), введення в експлуатацію нового обладнання;

учасником не підтверджено наявність працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід для виконання технічних вимог замовника згідно з Додатком № 3 до тендерної документації, а саме: демонтаж старого обладнання, встановлення (монтаж), введення в експлуатацію нового обладнання;

скаржник разом зі своєю тендерною пропозицією надав документи від юридичних осіб (субпідрядників / співвиконавців), з якими в нього відсутні взаємовідносини.

Позиція скаржника:

замовник зазначив у протоколі недостовірну інформацію, довідка довільної форми щодо застосування заходів із захисту довкілля міститься у складі тендерної пропозиції;

тендерна документація не містила окремих вимог щодо підтвердження наявності матеріально-технічної бази саме для демонтажу старого обладнання, встановлення (монтажу), введення в експлуатацію нового обладнання; замовник порушив вимоги частини 16 статті 29 Закону та не надав можливості учаснику використати своє право на виправлення помилок;

тендерна документація не містила окремих вимог щодо підтвердження наявності працівників відповідної кваліфікації саме для демонтажу старого обладнання, встановлення (монтажу), введення в експлуатацію нового обладнання; замовник порушив вимоги частини 16 статті 29 Закону та не надав можливості учаснику використати своє право на виправлення помилок;

у протоколі не зазначено жодної підстави з тендерної документації, якій не відповідає тендерна пропозиція учасника; учасником повністю виконано всі вимоги тендерної документації в частині надання документів.

Позиція Колегії:

замовник зазначає, що ним не було виявлено завантаженої скаржником довідки встановленого зразка, у той час як у складі пропозиції скаржника міститься довідка. **Крім того, довідка про застосування заходів із захисту довкілля не належить до інформації та / або документів, що підтверджують відповідність учасника кваліфікаційним критеріям, а також Закон не містить такої підстави відхилення, як невідповідність тендерної пропозиції умовам тендерної документації.** Пропозиція скаржника була неправомірно відхилена з наведеної вище підстави;

тендерна документація не містить окремих вимог щодо переліку та кількості обладнання та матеріально-технічної бази. Крім того, Закон не містить такої підстави відхилення, як невідповідність тендерної пропозиції умовам тендерної документації. Пропозиція скаржника була неправомірно відхилена з наведеної вище підстави;

тендерна документація не містить окремих вимог щодо переліку та кількості працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід. Крім того, Закон не містить такої підстави відхилення, як невідповідність тендерної пропозиції умовам тендерної документації. Пропозиція скаржника була неправомірно відхилена з наведеної вище підстави;

тендерна документація не містить окремих вимог щодо необхідності документального підтвердження господарських відносин між учасником та виробником товару. Замовник не довів та документально не підтвердив, що надані скаржником документи не засвідчують якість та безпеку запропонованого товару.

Крім того, документи, що засвідчують якість та безпеку запропонованого товару, не належать до інформації та / або документів, що підтверджують відповідність учасника кваліфікаційним критеріям, а також Закон не містить такої підстави відхилення, як невідповідність тендерної пропозиції умовам тендерної документації. Пропозиція скаржника була неправомірно відхилена з наведеної вище підстави.

Колегія вирішила зобов'язати замовника скасувати рішення про відхилення тендерної пропозиції скаржника. Замовником рішення Колегії виконано.

2. Рішення № 22806-р/пк-пз від 09.12.2020

Підстави відхилення: згідно зі статтею 31 Закону переможець процедури закупівлі не надав забезпечення виконання договору про закупівлю; переможець процедури закупівлі не надав замовнику підписаного договору про закупівлю у строк, визначений Законом.

Позиція скаржника: строк укладання договору про закупівлю визначено до 19.11.2020. 11.11.2020 скаржником було отримано банківську гарантію на суму 593 422,13 грн для забезпечення виконання договору про закупівлю. 11.11.2020 договір про закупівлю для узгодження було направлено на електронну адресу замовника. Але лист залишився без відповіді.

У телефонній розмові посадова особа замовника повідомила, що необхідно, щоб учасник особисто з'явився в управління для підписання договору про закупівлю (телефонна розмова записана на аудіоносій і в разі потреби буде надана).

12.11.2020 директор з двома примірниками договору про закупівлю та оригіналом банківської гарантії особисто прибула до замовника для підписання договору про закупівлю.

Через запроваджений карантин директору не дали можливості потрапити до замовника, тому два примірники договору про закупівлю були залишені на охороні, про що були попереджені представники замовника (розмова з охороною записана на відео та в разі потреби буде надана).

13.11.2020 учасник підготував ще два примірники підписаного договору про закупівлю та разом з оригіналом банківської гарантії надіслали їх на адресу замовника засобами АТ «Укрпошта» з описом вкладення, що підтверджується відповідними документами.

Позиція замовника: замовник заперечує отримання від скаржника договору про закупівлю електронною поштою. Наведений у скарзі «скріншот» щодо начебто відправлення замовнику договору про закупівлю не є належним доказом. Повідомлення від АТ «Укрпошта» щодо надходження кореспонденції або перебування кореспонденції від учасника, отримувачем яких є замовник, не надходило.

Позиція Колегії: замовник не довів, що скаржник відмовився від підписання договору про закупівлю та не надав забезпечення виконання договору про закупівлю відповідно до вимог тендерної документації. Колегія вирішила зобов'язати замовника скасувати рішення про відхилення тендерної пропозиції скаржника. Замовником рішення Колегії виконано.

3. Рішення № 304-р/пк-пз від 11.01.2021

Підстави відхилення: згідно зі статтею 31 Закону.

Причини відхилення: оновлена цінова пропозиція учасника містить аномально низьку ціну за позиціями 1-4, 8-10, 14 та не містить обґрунтування аномально низької ціни.

Позиція скаржника: протокол замовника не містить конкретної підстави відхилення пропозиції (*примітка автора: містить посилання на статтю Закону, але не містить посилання на підставу відхилення тендерної пропозиції учасника*). Аномально низька ціна визначається електронною системою закупівель автоматично (пункт 3 частини 1 статті 1 Закону).

Відповідно до Закону замовник не має права самостійно визначати тендерну пропозицію певного учасника «аномально низькою» і, ба більше, відхиляти тендерну пропозицію такого учасника за ненадання обґрунтувань. Статтею 31 Закону не передбачено підстави для відхилення переможця «аномально низька ціна».

Позиція замовника: рішення про відхилення тендерної пропозиції учасника ґрунтується на неправомірному заниженні цін на товари, вартість яких не може бути такою, як назначена в оновленій пропозиції учасника, і договір про закупівлю замовником не може бути підписаний на таких умовах. Пропозиція, яку надав учасник у складі тендерної пропозиції, не відповідає вимогам законодавства.

Позиція Колегії: форма тендерної пропозиції, надана після кінцевого строку подання тендерних пропозицій, не є складовою тендерної пропозиції учасника в розумінні Закону, отже, невідповідність наданої форми тендерної пропозиції чи її ненадання не може бути підставою відхилення тендерної пропозиції учасника відповідно до вимог статті 31 Закону.

Відповідно до інформації, розміщеної на вебпорталі Уповноваженого органу, тендерна

пропозиція скаржника не визначена електронною системою закупівель як аномально низька ціна. Враховуючи викладене, тендерна пропозиція скаржника була неправомірно відхилена замовником з наведеної вище підстави. Колегія вирішила зобов'язати замовника скасувати рішення про відхилення тендерної пропозиції скаржника.

Чим усе закінчилось? Замовником рішення Колегії виконано. Але, на жаль, він відмінив тендер у зв'язку з неможливістю усунення виявлених порушень законодавства у сфері публічних закупівель. Відміна закупівлі не оскаржувалась.

Коментар автора до вищезазначеної закупівлі

Класичний приклад відхилення тендерних пропозицій на підставах, не передбачених Законом, або не у відповідності до вимог Закону (безпідставне відхилення).

У жовтні 2020 року цей самий замовник оголосив аналогічну процедуру закупівлі, оголошення № [UA-2020-10-30-004349-b](#). Переможцем став той самий учасник (скаржник у вищенаведених рішеннях), але замовник також відхилив його за ненадання забезпечення виконання договору про закупівлю та підписаного договору про закупівлю у строк, визначений Законом. Учасник оскаржив рішення замовника, але замовник відмінив і цю закупівлю.

Вартує уваги рішення Колегії № 22886 р/пк-пз від 10.12.2020, оголошення № [UA-2020-10-29-003734-c](#), ДК 021:2015:09310000-5: Електрична енергія, очікувана вартість 237 700,00 грн.

Суть скарги: згідно з довідкою в складі поданої тендерної пропозиції скаржник уповноважив менеджера з продажів (Особа 1) представляти інтереси учасника під час проведення процедури закупівлі, підписувати документацію.

При перевірці електронного підпису, який накладено на тендерну пропозицію, встановлено, що підписувачем є інша особа (Особа 2).

Окрім того, замовник зазначає, що в Єдиному державному реєстрі осіб, які вчинили корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення, наявна інформація щодо Особи 2.

Позиція скаржника: Особа 2 займає посаду директора скаржника. Його повноваження підтверджені статутом та рішенням загальних зборів учасника, що надані у складі тендерної пропозиції. Ні тендерною документацією, ні законодавством України не передбачені обмеження щодо кількості представників, що мають право подавати та підписувати тендерну пропозицію.

Щодо даних Єдиного державного реєстру осіб, які вчинили корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення, стосовно Особи 2, то як впливає з рішення суду, вирок винесено стосовно особи, яка є повною тезкою Особи 2.

Позиція Колегії: Колегія погодилась з аргументами скаржника та прийняла рішення зобов'язати замовника скасувати рішення про відхилення тендерної пропозиції

скаржника. Замовником рішення Колегії виконано.

Коментар автора

Дійсно, Закон та інші підзаконні нормативно-правові акти, що регулюють сферу публічних закупівель, не містять обмеження щодо кількості осіб, які уповноважені представляти учасника в закупівлях.

Водночас Порядок розміщення інформації про публічні закупівлі, затверджений наказом Мінекономіки від 11.06.2020 № 1082, говорить: «Після внесення інформації в електронні поля на неї накладається кваліфікований електронний підпис посадової особи». У законодавстві про працю визначення поняття «посадова особа» відсутнє.

Мін'юст у [листі від 18.10.2013 № 610-0-2-13/7.2](#) роз'яснив порядок тлумачення понять «службова особа» та «посадова особа». Так, посадовими особами є працівники підприємств, які виконують організаційно-розпорядчі або адміністративно-господарські обов'язки. Тому, на мою думку, учасник прийняв єдине правильне рішення, наклеївши кваліфікований електронний підпис саме директора підприємства.

Також виділимо рішення Колегії № 18288-р/пк-пз від 29.09.2020, оголошення № [UA-2020-07-13-006857-с](#), ДК 021:2015:39160000-1: Шкільні меблі, очікувана вартість 728 602,00 грн.

Суть скарги: під час першої первинної оцінки учасника система визначила ціну учасника як аномально низьку, тоді учасник надав в установлений строк (30.07.2020) обґрунтування ціни, яке задовольнило замовника.

Пізніше, з інших причин, учасника було дискваліфіковано. Рішення про відхилення учасника було успішно оскаржено до Антимонопольного комітету України, й учасника було повторно повернено на кваліфікацію.

Але система знову визначила його ціну як аномально низьку та проінформувала учасника і замовника повторно про надання обґрунтування (строк до 12.09.2020). Учасник не надав обґрунтування. У результаті замовник прийняв рішення про відхилення його тендерної пропозиції на підставі — учасник процедури закупівлі не надав обґрунтування аномально низької ціни тендерної пропозиції протягом строку, визначеного в частині 14 статті 29 цього Закону.

Позиція скаржника: скаржник зазначає, що на підтвердження цієї позиції лист-пояснення аномально низької ціни тендерної пропозиції був наданий ним (завантажений в електронну систему закупівель) 30.07.2020. .

Позиція Колегії: відповідно до інформації, оприлюдненої на вебпорталі Уповноваженого органу, міститься повідомлення Обґрунтування аномально низької ціни до 12.09.2020, 00:00.

Разом з тим скаржник 30.07.2020 (отже, до 12.09.2020 00:00) завантажив файл «Лист

пояснення щодо аномальної ціни.pdf», у якому міститься пояснення щодо аномальної ціни.

Враховуючи зазначене, пропозиція скаржника була неправомірно відхилена замовником з наведеної вище підстави. Колегія прийняла рішення зобов'язати замовника скасувати рішення про відхилення тендерної пропозиції скаржника. Замовником рішення Колегії виконано.

Коментар автора

Закон не містить поняття повторної кваліфікації. Це алгоритм роботи електронної системи закупівель. На жаль, поки ця проблема залишилась. Сподіваємось, що найближчим часом вона буде усунута. Учасник не зобов'язаний обґрунтовувати одну й ту саму ціну кілька разів, але, як бачимо, замовник може відхилити тендерну пропозицію, хоча і безпідставно. Тому, якщо ви все ж вирішили не надавати повторно обґрунтування, а вас відхилили за це, то це успішне оскарження саме для вас.

Рекомендації учасникам

При відхиленні тендерної пропозиції учасника / учасників замовник зобов'язаний оприлюднити інформацію про підстави відхилення з посиланням на відповідні норми Закону та умови тендерної документації, із зазначенням, у чому саме полягає така невідповідність.

Тому, якщо ви вважає недостатньою аргументацію, зазначену в повідомленні та протоколі розгляду тендерних пропозицій, обов'язково зверніться до замовника через електронну систему з вимогою надати додаткову інформацію про причини невідповідності вашої тендерної пропозиції умовам тендерної документації, технічній специфікації, невідповідності кваліфікаційним критеріям.

Замовник зобов'язаний надати відповідь з такою інформацією не пізніше як через п'ять днів з дня надходження такого звернення через електронну систему закупівель. Відповідь стане вам у пригоді у випадку оскарження рішення про відхилення. Можна зайвий раз нагадати замовнику про відповідальність за ненадання інформації, документів у випадках, передбачених Законом (такі порушення призводять до накладення штрафу на службових (посадових), уповноважених осіб замовника в розмірі ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (1 700 грн)).

Проаналізуйте підстави вашого відхилення. За чинною редакцією Закону в учасників з'явилася можливість виправити помилки в тендерній пропозиції на етапі кваліфікації, прекваліфікації. При цьому слід зауважити, що постачальник може усунути невідповідності в інформації та / або документах: що підтверджують відповідність учасника процедури закупівлі кваліфікаційним критеріям відповідно до статті 16 цього Закону; на підтвердження права підпису тендерної пропозиції та /

або договору про закупівлю.

У разі відхилення зверніться з вимогою до замовника, аргументовано вимагаючи скасувати рішення щодо вашого відхилення.

Обов'язково оскаржуйте дії чи бездіяльність замовника до Антимонопольного комітету України, бо перемога того варта.

Вдалих закупівель! Додатково на порталі RADNUK.COM.UA розміщена корисна стаття **«Типові порушення відхилення тендерної пропозиції учасника. Зразок протоколу про відхилення»**.

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