

Теорія змови: дії комітету з конкурсних торгів при виявленні антиконкурентних узгоджених дій учасників

Жоден із замовників не застрахований від підступів учасників торгів. Та кожен раз на етапі розкриття пропозицій конкурсних торгів, а також при їх детальному вивченні спливають факти, що свідчать про наявність змови учасників. Пропонуємо розставити всі крапки над «і» в цьому питанні.

Відповідно до попередньої редакції Закону України «Про здійснення державних закупівель» № 2289-VI змовою вважалася домовленість між двома чи кількома учасниками процедури закупівлі, спрямована на встановлення ціни пропозиції конкурсних торгів або цінової пропозиції на штучних або неконкурентних рівнях з відома або без відома замовника. Нова редакція Закону України «Про здійснення державних закупівель» № 1197-VII (надалі — Закон) не передбачає підстави для відхилення пропозиції конкурсних торгів учасника в разі виявлення факту участі учасника або учасника попередньої кваліфікації у змові згідно з нормами статті 17 Закону, проте залишає обов'язок замовника відмінити процедуру закупівлі в разі виявлення факту змови учасників, визначений частиною 1 статті 30 Закону.

Як виявити змову учасників?

Отже, для початку потрібно розібратися з тим, що саме свідчить про змову учасників, а також з діями замовника в разі встановлення факту змови.

Розпочнемо з найголовнішого — конверта. Роздивіться його уважніше. Можливо, дизайн та оформлення конверта вже потрапляли вам на очі, коли ви розкривали попередні пропозиції. Про змову учасників свідчать: однакові шрифт тексту, розмір шрифту, розташування надписів, послідовність тексту, однаковий папір та брак у друці принтера.

Вивчаючи пропозицію конкурсних торгів учасника, замовникові потрібно уважно вивчати нумерацію сторінок. Адже пропозиції зовсім різних учасників можуть бути пронумеровані в однаковому місці, однаковим кольором чорнила, одним почерком. Крім цього, зверніть увагу на фірмовий бланк учасника. Іноді, щоб менше морочити собі голову, учасники підходять до цієї справи без особливої фантазії. Тому в деяких випадках зустрічаються дуже схожі (майже один в один!) фірмові бланки. У довідках у довільній формі учасників можна знайти не тільки однакові фрази, а й фактично скопійований текст. Звертаємо вашу увагу на те, що зміст мовленнєвих зворотів у таких довідках не може бути автентичним.

Наступне, на що потрібно уважно дивитися замовникам торгів, це нумерація вихідних номерів довідок сторонніх організацій, а також дата видачі таких довідок. При таких

співпадіннях замовникові потрібно ретельно дослідити пропозиції конкурсних торгів, які здаються йому дивними. Тобто відповідно до Закону замовник торгів може бути в курсі протиправних дій учасників, і тоді він буде причетним до факту змови. І наостанок слід зауважити, що такі документи, як наказ та протокол про призначення директора, Статут підприємства (в якому зазначені частки статутного капіталу підприємства) і т. і., мають дуже вагоме значення, адже саме в цих документах можна дослідити, чи є в цих учасників щось спільне — наприклад, засновник тощо.

Поняття «змова», «пов'язана особа» та «антиконкурентні узгоджені дії» в новому Законі

На підставі пп. 3 п. 1 ст. 17 Закону замовник приймає рішення про відмову в процедурі та зобов'язаний відхилити пропозицію конкурсних торгів, у разі якщо суб'єкт господарювання (учасник або учасник попередньої кваліфікації) протягом останніх трьох років притягувався до відповідальності за порушення, передбачене пунктом 4 частини другої статті 6, пунктом 1 статті 50 [Закону України «Про захист економічної конкуренції»](#), у вигляді вчинення антиконкурентних узгоджених дій, які стосуються спотворення результатів торгів (тендерів). Підпункт 2 частини 1 статті 29 Закону встановлює, що замовник відхиляє пропозицію конкурсних торгів, у разі якщо наявні підстави, зазначені у статті 17 та частині 7 статті 28 цього Закону (тобто і при виявленні факту антиконкурентних узгоджених дій учасників або факту пов'язаності учасників між собою та/або з членом комітету з конкурсних торгів).

Фактично поняття «змова» є вужчим в порівнянні сукупністю понять «пов'язана особа» та «антиконкурентні узгоджені дії» в новому законі. Відповідно до п. 19 ст. 1 Закону встановлено ознаки пов'язаної особи, на підставі яких замовник може встановити, чи є учасник торгів особою, яка відповідає будь-якій з наведених нижче ознак: юридична особа, яка здійснює контроль над учасником процедури закупівлі або контролюється таким учасником процедури закупівлі, або перебуває під спільним контролем з таким учасником процедури закупівлі; фізична особа або члени її сім'ї, які здійснюють контроль над учасником процедури закупівлі; службова (посадова) особа учасника процедури закупівлі, уповноважена здійснювати від імені учасника процедури закупівлі юридичні дії, спрямовані на встановлення, зміну або зупинення цивільно-правових відносин, та члени сім'ї такої службової (посадової) особи; фізичні особи — члени комітету з конкурсних торгів замовника та/або члени їх сімей, які здійснюють контроль над учасниками процедури закупівлі, або уповноважені здійснювати від імені учасника процедури закупівлі юридичні дії, спрямовані на встановлення, зміну або зупинення цивільно-правових відносин.

Під здійсненням контролю потрібно розуміти можливість здійснення вирішального впливу або вирішальний вплив на господарську діяльність учасника процедури закупівлі безпосередньо або через більшу кількість пов'язаних фізичних чи юридичних осіб, що

здійснюється, зокрема, шляхом реалізації права володіння або користування всіма активами чи їх значною часткою, права вирішального впливу на формування складу, результати голосування, а також вчинення правочинів, які надають можливість визначати умови господарської діяльності, давати обов'язкові до виконання вказівки або виконувати функції органу управління учасника процедури закупівлі, або володіння часткою (паєм, пакетом акцій), яка становить не менше ніж 25 відсотків статутного капіталу учасника процедури закупівлі.

Для фізичної особи загальна сума володіння часткою у статутному капіталі учасника процедури закупівлі визначається в залежності від обсягу корпоративних прав, що належить такій фізичній особі, членам її сім'ї та юридичним особам, які контролюються такою фізичною особою або членами її сім'ї.

Для цілей цього Закону членами сім'ї вважаються подружжя, діти, батьки, рідні брати і сестри, дідусь, бабуся, онуки, усиновлювачі, усиновлені, а також інші особи за умови їх постійного проживання разом з пов'язаною особою і ведення з нею спільного господарства.

Важливо зазначити, що представники Антимонопольного комітету України при здійсненні перевірок на предмет виявлення фактів наявності антиконкурентних узгоджених дій серед учасників процедур закупівель, користуються Методикою визначення відносин контролю, яка затверджена розпорядженням Антимонопольного комітету України від 24 грудня 2002 р. № 397-р. Дата методика встановлює загальний порядок виявлення ознак контролю, яким пов'язані юридичні та/або фізичні особи, з метою визначення складу суб'єкта господарювання як групи осіб у значенні абзацу дванадцятого статті 1 Закону України «Про захист економічної конкуренції». А тому замовникам слід ознайомитися з такою методикою та використовувати її під час розгляду документів, поданих у складі пропозицій конкурсних торгів учасників.

При цьому відповідно до пп. 6 п. 1 ст. 17 Закону замовник приймає рішення про відмову учасникові торгів, у разі якщо пропозиція конкурсних торгів подана учасником процедури закупівлі, який є пов'язаною особою з іншими учасниками процедури закупівлі та/або з членом (членами) комітету з конкурсних торгів замовника.

Водночас потрібно зазначити, що, згідно з п. 7 ст. 28 Закону, замовник має право звернутися із запитом по підтвердження інформації, наданої учасником, до державних органів, підприємств, установ, організацій відповідно до їх компетенції. За допомогою цієї норми права, якщо надані копії документів у складі пропозиції конкурсних торгів не викликають довіри, то замовник має можливість перевірити всі надані учасником відомості щодо фінансової спроможності, досвіду роботи, відомостей про банкрутство та засновників тощо. У разі отримання достовірної інформації про його невідповідність вимогам кваліфікаційних критеріїв, наявність підстав, зазначених у п. 1 ст. 17 цього Закону (зокрема, виявлення факту змови учасників), або факту зазначення в пропозиції конкурсних торгів будь-якої недостовірної інформації, що є суттєвим при визначенні результатів процедури закупівлі, замовник відхиляє пропозицію конкурсних торгів такого

учасника. У цьому питанні головне — встигнути зробити такий запит та отримати інформацію протягом часу, відведеного на розгляд та оцінку пропозицій конкурсних торгів, зазначених у п. 9 ст. 28 Закону.

Правила відхилення пропозицій учасників та відміни торгів

Які ж існують правила щодо відхилення пропозицій конкурсних торгів та відміни торгів? Отже, для того, щоб відхилити пропозицію конкурсних торгів у відкритих торгах, замовникові надається 20 робочих днів з дня розкриття пропозицій, у разі здійснення закупівель за скороченою процедурою загальний строк не повинен перевищувати 10 робочих днів з дня розкриття пропозицій конкурсних торгів. Протягом зазначеного часу комітет з конкурсних торгів повинен зібратися, провести засідання і вирішити, які пропозиції будуть допущені до оцінки, а які потрібно відхилити на підставі норм ст. 29 Закону. Усі свої припущення та докази потрібно викласти у протоколі засідання комітету, а також обґрунтувати потребу у відміні торгів на підставі п. 1 ст. 30 Закону, у разі необхідності здійснення такої відміни. Крім цього, згідно з п. 1 ст. 10 Закону, передбачено, що інформацію про відхилення пропозицій конкурсних торгів та підстави такого відхилення у вигляді протоколу протягом 3 робочих днів з дня прийняття такого рішення замовник повинен оприлюднити на веб-порталі «Державні закупівлі».

Згідно з п. 3 ст. 30 Закону, після розміщення цієї інформації потрібно підготувати повідомлення про відміну торгів чи визнання їх такими, що не відбулися, та надсилати його всім учасникам протягом трьох робочих днів з дня прийняття замовником відповідного рішення.

Проте не забувайте, що в законослухняного замовника залишаються ще два важливих документи, щоб довести торги до логічного завершення. Це оголошення про результати процедури закупівлі та звіт про результати проведення процедури закупівлі. Адже деякі замовники, відмінюючи торги, забувають про них.

Тому оголошення про результати замовник повинен подати для оприлюднення на веб-порталі «Державні закупівлі» не пізніше як через сім днів з дня укладення договору про закупівлю або прийняття рішення про відміну торгів чи визнання їх такими, що не відбулися. Щодо звіту про результати, то він не має кінцевої дати затвердження, але протягом 3 робочих днів він повинен бути оприлюднений на веб-порталі «Державні закупівлі».

І хоча в самому Законі більше нічого не вказано щодо того, як повинен поводитися замовник у даній ситуації, та все ж Міністерство економіки України надало роз'яснення на лист № 31-14/661 від 06.07.2011 Головного контрольно-ревізійного управління України щодо застосування норм законодавства у сфері державних закупівель.

У цьому роз'ясненні наведено основні визначення таких правопорушень. Зокрема, у ч. 1 ст. 5 Закону України «Про захист економічної конкуренції» зазначається, що узгодженими діями є укладення суб'єктами господарювання угод у будь-якій формі, прийняття

об'єднаннями рішень у будь-якій формі, а також будь-яка інша погоджена конкурентна поведінка (діяльність, бездіяльність) суб'єктів господарювання. На підставі ст. 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції» антиконкурентними узгодженими діями є узгоджені дії, які призвели чи можуть призвести до недопущення, усунення чи обмеження конкуренції. Антиконкурентними узгодженими діями також визнаються узгоджені дії, які стосуються: установлення цін чи інших умов придбання або реалізації товарів; спотворення результатів торгів, аукціонів, конкурсів, тендерів.

Слід зауважити, що, згідно зі ст. 3 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», основним завданням Антимонопольного комітету України є участь у формуванні та реалізації конкурентної політики в частині, зокрема, здійснення контролю щодо створення конкурентного середовища та захисту конкуренції у сфері державних закупівель. Крім цього, відповідно до ст. 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» АКМУ має такі повноваження: зокрема, приймати передбачені законодавством про захист економічної конкуренції розпорядження та рішення за заявами і справами, перевіряти та переглядати рішення у справах, надавати висновки щодо кваліфікації дій відповідно до законодавства про захист економічної конкуренції; призначати експертизу та експерта з числа осіб, які володіють необхідними знаннями для надання експертного висновку. Однак при цьому жоден нормативно-правовий акт не встановлює ознак та порядку виявлення змови учасників процедури закупівлі. Проте, з набранням чинності Законом № 1197 АМКУ на своєму офіційному веб-сайті розпочав розміщувати зведений перелік суб'єктів господарювання, які притягнуті до відповідальності за вчинення антиконкурентних узгоджених дій, а тому віднині такі відомості будуть загальнодоступними, а тому виключатимуть можливість допущення до оцінки учасника, який на протязі останніх трьох років вчинив антиконкурентні узгоджені дії, що призвели до спотворення результатів торгів (тендерів). *Детальніше з цього питання виможете дізнатися в цьому номері журналу «Радник в сфері державних закупівель» на сторінці _____.*

Варто додати стосовно судової практики встановлення факту змови: наприкінці минулого року суд скасував рішення Антимонопольного комітету України та назвав [однакові довідки учасників торгів проявом специфіки ринку, а не корупцією](#). *Детальніше стосовно відповідальності за вчинення антиконкурентних узгоджених дій та звільнення від неї читайте в журналі «Радник в сфері державних закупівель» № 7 (34) за липень 2014 року, на сторінках 14-17.*

З урахуванням специфіки предмета закупівлі, замовник також може звернутися із запитом або скаргами щодо встановлення факту пов'язаності осіб або змови учасників до органів державної влади та правоохоронних органів, а саме:

№ п/п	Найменування органу	Підстава для звернення
-------	---------------------	------------------------

Міністерство економічного розвитку і торгівлі України	<i>наказ МЕРТУ № 155 від 19.10.2011; ст. 7, 8 Закону України «Про здійснення державних закупівель»;</i>
Державна фінансова інспекція України	<i>ст. 4 «Положення про державну фінансову інспекцію України», затвердженого Указом Президента України № 499/2011 від 23 квітня 2011 року, ст. 7 Закону України «Про здійснення державних закупівель»;</i>
Органи прокуратури	<i>ст. 12 Закону України «Про прокуратуру»;</i>
Правоохоронні органи Міністерства внутрішніх справ України	<i>ст. 2, 10 Закону України «Про міліцію»;</i>
Антимонопольний комітет України	<i>ст. 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України», ст. 8 Закону України «Про здійснення державних закупівель».</i>

До того ж потрібно зазначити, що в разі наявності пропозицій конкурсних торгів, які, наприклад, були надруковані на папері однієї марки, надруковані на одному принтері і т. і., — такі помилки не може дослідити жодне найпильніше око комітету з конкурсних торгів, адже це парафія спеціальних науково-дослідних установ. Ось, наприклад, висновок щодо підтвердження наявності факту змови учасників у м. Харкові може надати тільки Харківський науково-дослідний інститут судових експертиз ім. засл. проф. М. С. Бокаріуса Міністерства юстиції України. І таких організацій чимало на території України — майже в кожному регіоні. Їх перелік можна знайти на офіційному сайті Міністерства юстиції України.

В прямокутну виноску с указательным пальцем, как в прошлом номере журнала стр. 14

Відповідно до відомостей, розміщених на офіційному веб-сайті Міністерства юстиції України, до переліку суб'єктів судово-експертної діяльності належать:

Науково-дослідний центр судової експертизи з питань інтелектуальної власності (НДЦСЕ з питань інтелектуальної власності).

Вінницьке відділення Київського НДІСЕ.

Волинське відділення Львівського НДІСЕ.



Дніпропетровський науково-дослідний інститут судових експертиз (Дніпропетровський НДІСЕ).

Донецький науково-дослідний інститут судових експертиз (ДНДІСЕ).

Житомирське відділення Київського НДІСЕ.

Запорізьке відділення Дніпропетровського НДІСЕ.

Київський науково-дослідний інститут судових експертиз (КНДІСЕ).

Кіровоградське відділення Одеського НДІСЕ.

Кримський науково-дослідний інститут судових експертиз (Кримський НДІСЕ).

Луганське відділення Донецького НДІСЕ.

Львівський науково-дослідний інститут судових експертиз (ЛНДІСЕ).

Миколаївське відділення Одеського НДІСЕ.

Одеський науково-дослідний інститут судових експертиз (ОНДІСЕ).

Полтавське відділення Харківського НДІСЕ.

Севастопольське відділення Харківського НДІСЕ.

Сумське відділення Харківського НДІСЕ.

Тернопільське відділення Київського НДІСЕ.

Харківський науково-дослідний інститут судових експертиз (ХНДІСЕ).

Херсонське відділення Одеського НДІСЕ.

Хмельницьке відділення Київського НДІСЕ.



Черкаське відділення Київського НДІСЕ.

Чернігівське відділення Київського НДІСЕ.

Тому саме замовникові потрібно вирішити, куди звертатися по висновки та яким чином підкріпити доказову базу стосовно фактів виявлення змови учасників або пов'язаності осіб. Проте варто пам'ятати, що мовчання — це не вихід, адже відповідальність у випадку виявлення правопорушення знайде кожного. Відповідно до Закону України «Про захист економічної конкуренції» найпоширенішим видом відповідальності за порушення законодавства про захист економічної конкуренції є штраф. Зовсім інша відповідальність передбачена для замовників торгів: у разі примушування до антиконкурентних узгоджених дій належить застосовувати до них норми ст. 166-18 Кодексу України про адміністративні правопорушення. Також слід мати на увазі, що деякі гірші порушення можуть розцінюватися як злочин, каратися вони будуть на підставі норм Кримінального кодексу України.