

3 порушення = нікчемність договору про закупівлю



Постанова Восьмого апеляційного адміністративного суду від 14.05.2021, справа № 460/8484/20

Порушення № 1 — тендерна документація замовника не відповідає вимогам Переліку формальних помилок, затвердженого наказом Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України (далі — Мінекономіки) від [15.04.2020 № 710](#), зареєстрованим у Міністерстві юстиції України 29.07.2020 під № 715/34998 (далі — Наказ № 710), чим порушено вимоги пункту 19 частини 2 статті 22 [Закону України «Про публічні закупівлі»](#) (далі — Закон).

Згідно з пунктом 19 частини 2 статті 22 Закону в тендерній документації зазначаються відомості про опис та приклади формальних (несуттєвих) помилок, допущення яких учасниками не призведе до відхилення їх тендерних пропозицій. Формальними (несуттєвими) вважаються помилки, що пов'язані з оформленням тендерної пропозиції та не впливають на зміст тендерної пропозиції, а саме технічні помилки та описки.

За результатами аналізу питання відповідності умов тендерної документації вимогам Закону встановлено, що тендерна документація замовника не відповідає вимогам Переліку формальних помилок, затвердженого Наказом № 710 (далі — Перелік), чим порушено вимоги пункту 19 частини 2 статті 22 Закону.

Згідно з пунктом 11 частини 1 статті 9 Закону однією з основних функцій Уповноваженого органу (Мінекономіки) у сфері закупівель є розроблення та затвердження переліку формальних помилок.

На виконання зазначеної норми Закону Мінекономіки розроблено Перелік.

Відповідно до Положення про державну реєстрацію нормативно-правових актів міністерств, інших органів виконавчої влади, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 28.12.1992 № 731, державній реєстрації підлягають нормативно-правові акти, які містять одну або більше норм, що зачіпають права, свободи, законні інтереси і стосуються обов'язків громадян та юридичних осіб, встановлюють новий або

змінюють, доповнюють чи скасовують організаційно-правовий механізм їх реалізації, або мають міжвідомчий характер, тобто є обов'язковими для інших органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, а також юридичних осіб, що не належать до сфери управління суб'єкта нормотворення.

Отже, оскільки Законом передбачено розроблення та затвердження переліку формальних помилок, який не є примірним, а Наказ № 710 є обов'язковим для органів виконавчої влади та органів місцевого самоврядування, а також юридичних осіб, затверджений Перелік є вичерпним.

Позиція суду щодо порушення № 1: оскільки в тендерній документації замовника зазначено опис та приклади формальних (несуттєвих) помилок, які не відповідають Переліку, апеляційний суд приходять до переконання про порушення позивачем вимоги пункту 19 частини 2 статті 22 Закону, тому що **зазначення вичерпного переліку формальних помилок, затвердженого Наказом № 710, є не правом замовника, а його обов'язком. Відступлення від даного переліку правильно трактується відповідачем як порушення норм пункту 19 частини 2 статті 22 Закону.**

Порушення № 2 — відсутність в оприлюдненому оголошенні про проведення відкритих торгів інформації про мову, якою повинні готуватися тендерні пропозиції, чим порушено пункт 8 частини 2 статті 21 Закону.

Відповідно до пункту 1 частини 1 статті 1 Закону авторизований електронний майданчик — авторизована Уповноваженим органом інформаційно-телекомунікаційна система, яка має комплексну систему захисту інформації з підтвердженою відповідністю згідно із Законом України «Про захист інформації в інформаційно-телекомунікаційних системах», є частиною електронної системи закупівель та онлайн-сервісом, що забезпечує реєстрацію осіб, автоматичне розміщення, отримання і передання інформації та документів під час проведення закупівель, користування сервісами з автоматичним обміном інформацією, доступ до якого здійснюється за допомогою мережі Інтернет.

Згідно з Порядком функціонування електронної системи закупівель та проведення авторизації електронних майданчиків, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 24.02.2016 № 166, майданчики функціонують згідно з нормами Закону.

Отже, обраний позивачем майданчик не забезпечив право замовника на публічні оголошення з дотриманням визначеної форми.

Крім того, замовник має право вільно обирати електронний майданчик, на якому буде публікувати інформацію та документи під час проведення закупівлі, а тому оцінка органом державного фінансового контролю допущеного позивачем порушення вимог пункту 8 частини 2 статті 21 Закону щодо зазначення мови, якою повинна готуватися тендерна документація саме в оголошенні про публічну закупівлю, є правильною.

Апелянт зазначає, що при створенні оголошення про закупівлю поле для внесення інформації про мову технічно не передбачене, що у свою чергу, на думку сторони у справі,

спричиняє об'єктивну неможливість внесення такої інформації.

Позиція суду щодо порушення № 2: Законом не передбачено, що дана інформація має міститися саме в окремому виведеному полі для мови, якою повинні готуватися тендерні пропозиції. **Якщо у майданчика, через який замовником здійснювалася закупівля, не передбачалося окремого виведеного поля для цього, то замовник не позбавлений права внести дану інформацію в будь-яке поле, щоб не порушувати вимоги, передбачені частиною 2 статті 21 Закону** про інформацію, яка повинна міститися в оголошенні про проведення відкритих торгів.

Порушення № 3 —неправомірне відхилення тендерних пропозицій учасників ПП «І» та ТОВ НВФ «Т» на підставі пункту 1 частини 1 статті 31 Закону як таких, що не відповідають кваліфікаційним (кваліфікаційному) критеріям, установленим статтею 16 Закону.

У частині 16 статті 29 Закону зазначено: якщо замовником під час розгляду тендерної пропозиції учасника виявлено невідповідності в інформації та / або документах, що подані учасником у тендерній пропозиції та / або подання яких вимагалось тендерною документацією, він розміщує у строк, який не може бути меншим ніж два робочі дні до закінчення строку розгляду тендерних пропозицій, повідомлення з вимогою про усунення таких невідповідностей в електронній системі закупівель.

Замовник розміщує повідомлення з вимогою про усунення невідповідностей 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.

Також відповідно до частини 9 статті 26 Закону учасник процедури закупівлі виправляє невідповідності в інформації та / або документах, що подані ним у своїй тендерній пропозиції, виявлені замовником після розкриття тендерних пропозицій, шляхом завантаження через електронну систему закупівель уточнених або нових документів в електронній системі закупівель протягом 24 годин з моменту розміщення замовником в електронній системі закупівель повідомлення з вимогою про усунення таких невідповідностей.

Відповідач зазначив про оприлюднення запиту під час проведення процедури моніторингу публічної закупівлі, датованого 16.10.2020, про надання пояснення щодо нерозміщення замовником повідомлення з вимогою про усунення невідповідностей в інформації поданих у складі тендерних пропозицій учасників ПП «І» та ТОВ НВФ «Т».

Згідно з поясненням позивача, наданим через електронну систему закупівель, питання щодо повідомлення з вимогою про усунення кваліфікаційних невідповідностей в

електронній системі закупівель щодо учасників ПП «І» та ТОВ НВФ «Т» на засіданнях тендерного комітету замовника, які відбувалися 15.09.2020 та 23.09.2020, не виносилося на розгляд.

Апелянт наголошує на тому, що учасник торгів ПП «І» не зміг би стати переможцем торгів, навіть якби йому була надана можливість усунути невідповідності в інформації та / або документах. При цьому позивач посилається на рішення адміністративної колегії Південно-західного міжобласного територіального відділення Антимонопольного комітету України від 03.07.2020 № 72/25-р/к (справа № 02-06/07-19), яким дії ПП «І» визнано антиконкурентними узгодженими діями, які стосуються спотворення результатів торгів.

Апеляційний суд відкидає дане твердження апелянта, оскільки рішення про відхилення тендерної пропозиції ПП «І» не ґрунтувалося на вищезазначеному рішенні територіального відділення Антимонопольного комітету України.

До того ж апелянтом жодним чином не обґрунтовано, чому ним не надавалася можливість усунення кваліфікаційних невідповідностей ще одному учаснику торгів — ТОВ НВФ «Т».

Позиція суду щодо порушення № 3: отже, не забезпечивши учасникам процедури закупівлі можливості надання пояснень щодо допущених неточностей при поданні тендерних пропозицій, позивачем **порушено право суб'єктів господарювання на участь у публічних торгах та здійснено їх передчасну дискваліфікацію як учасників, що порушує принципи недискримінації учасників та рівного ставлення до них, а також об'єктивного та неупередженого визначення переможця процедури закупівлі**, закріплені частиною 1 статті 5 Закону.

Позиція суду

Отже, придбання замовником товарів, робіт і послуг у порядку, встановленому Законом, може визнаватися публічною закупівлею лише у випадку повного дотримання вимог означеного Закону.

Згідно з пунктом 1 частини 1 статті 43 Закону договір про закупівлю є нікчемним у разі, якщо замовник уклав договір про закупівлю без проведення процедури закупівлі згідно з вимогами цього Закону, тобто з порушенням встановленого порядку.

Стаття 204 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) визначає, що правочин є правомірним, якщо його недійсність прямо не встановлена законом або якщо він не визнаний судом недійсним.

Приписами статті 203 ЦК України встановлено загальні вимоги, додержання яких є необхідним для чинності правочину, а саме: зміст правочину не може суперечити цьому Кодексу, іншим актам цивільного законодавства, а також інтересам держави і суспільства, його моральним засадам; правочин має бути спрямований на реальне настання правових наслідків, що обумовлені ним.

Частиною 2 статті 215 ЦК України визначено, що недійсним є правочин, якщо його недійсність встановлена законом (нікчемний правочин). У цьому разі визнання такого правочину недійсним судом не вимагається.

Таким чином, враховуючи, що Законом прямо передбачена нікчемність договору про закупівлю у разі його укладення без проведення процедури закупівлі згідно з вимогами цього Закону, вимога відповідача щодо вжиття заходів для розірвання договору про закупівлю є законною.

Крім того, апеляційний суд зазначає, що пунктом 3 Порядку заповнення форми висновку про результати моніторингу процедур закупівлі, затвердженого наказом Міністерства фінансів України від 08.09.2020 № 552, визначено, що в разі виявлення порушення (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель пункт 3 висновку має містити посилання на структурну одиницю компетенційного нормативно-правового акта, на підставі якого орган державного фінансового контролю зобов'язує замовника усунути у встановленому законодавством порядку такі порушення, а також зобов'язання щодо їх усунення.

Зважаючи на те, що процедура закупівлі [UA-2020-08-18-002304-b](#) вважається закінченою з моменту укладення договору про закупівлю, а саме з 26.10.2020, то внесення будь-яких змін до тендерної документації чи зміна прийнятих рішень щодо процедури проведення публічної закупівлі зі сторони позивача не вбачається за можливе.

З огляду на вищевикладене, колегія суддів погоджується з висновком суду першої інстанції про те, що відповідачем обґрунтовано визначено спосіб усунення виявлених порушень при проведенні публічної закупівлі UA-2020-08-18-002304-b, керуючись нормою пункту 1 частини 1 статті 43 Закону.

Статті на порталі [RADNUK.COM.UA](#) за темою:

[«Нотатки закупівельника: витяги з рішень суду про оскарження висновків моніторингу закупівель»;](#)

[«Строки проведення моніторингу процедур закупівель»;](#)

[«Для тих, хто хоче розібратися, як за індикаторами ризиків Держаудитслужба здійснює моніторинг»;](#)

[«Моніторинг спрощених закупівель та звітів — міф чи реальність?».](#)