

Відкриті дані: практика не відповідає теорії

Завдання замовника під час перевірки тендерної пропозиції — зрозуміти, чи відповідає вона вимогам тендерної документації. Але є напрями, які до цих пір викликають протиріччя та сумніви обох сторін закупівельного процесу, зокрема стаття 17 [Закону України «Про публічні закупівлі»](#) (далі — Закон). Для прикладу: замовник, який вимагає документальне підтвердження публічної інформації, що оприлюднена у формі відкритих даних, та учасник, яким не виконані в повному обсязі вимоги тендерної документації. Вам теж знайома така ситуація? Тоді знайомимось із позицією Уповноваженого органу та дізнаємось, як правильно відстояти своє право, гарантоване Законом. Висновки і поради підкріпимо рішенням Органу оскарження, висновки якого вас не залишать байдужими.

Всесвітньо відомий вислів «Хто володіє інформацією, той володіє світом» можна сміло застосувати до частини 1 статті 17 Закону, яка має не тільки переконливий перелік підстав, за наявності яких замовник приймає рішення про відмову учаснику в участі у процедурі закупівлі та зобов'язаний відхилити тендерну пропозицію учасника, але й **суттєві можливості та обов'язки замовника самостійно перевіряти інформацію, надану учасниками.**

Отже, частиною 1 статті 17 Закону передбачено аж тринадцять підстав для відмови учаснику в участі у процедурі закупівлі та відхилення тендерних пропозицій недобросовісних учасників, перелік яких є вичерпним.

Крім того, відповідно до частини 5 статті 17 Закону замовник **не вимагає документального підтвердження публічної інформації**, що оприлюднена у формі відкритих даних згідно із Законом України «Про доступ до публічної інформації» та / або міститься у відкритих єдиних державних реєстрах, доступ до яких є вільним, або публічної інформації, що є доступною в електронній системі закупівель.

Аналогічна вимога знайшла своє відображення у пункті 4 статті 22 Закону: тендерна документація не повинна містити вимог щодо документального підтвердження інформації про відповідність вимогам тендерної документації, **якщо така інформація є публічною**, що оприлюднена у формі відкритих даних згідно із [Законом України «Про доступ до публічної інформації»](#) та / або міститься у відкритих єдиних державних реєстрах, доступ до яких є вільним.

З огляду на викладене, аби не заплутатися в обмеженнях, визначених частиною 1 статті 17 Закону, та не пропустити жодної з підстав, «сумлінні» замовники продовжують практикувати вимогу щодо подання учасниками у складі їхніх тендерних пропозицій універсального гарантійного листа (заяви, довідки) про те, що учасник не перебуває під дією жодних обмежень, що перешкоджають укладенню та / або виконанню договору про закупівлю.

Дії замовника не тільки порушують пряму заборону на підтвердження інформації про відповідність вимогам тендерної документації, якщо така інформація є публічною, а й

матимуть негативні наслідки для останніх у вигляді адмінштрафу.

Для кращого та чіткішого розуміння того, з якими проблемами стикається більшість замовників на практиці під час застосування частини 5 статті 17 Закону, та яка інформація слугуватиме підтвердженням підстав для відмови в участі у процедурі закупівлі учасникові, пропонуємо зупинитись на ситуації, в якій не тільки замовник порушує пряму норму Закону, встановивши вимогу щодо надання документального підтвердження публічної інформації, що оприлюднена у формі відкритих даних, а й учасник, який, не спробувавши скористатись правом на оскарження вказаних умов, впевнено взявся їх виконувати. Можливі варіанти розв'язання ситуації, що склалася, шукаємо на сайті Уповноваженого органу.

Так, офіційному сайті Мінекономіки оприлюднено запит № 909/2021 від Військової частини такого змісту: *«Вимогою тендерної документації є надання гарантійного листа щодо дотримання учасником у своїй діяльності норм чинного законодавства стосовно санкцій з відповідним переліком нормативно-правових документів. Учасник надав відповідний лист-гарантію, але в ньому відсутній один пункт з переліку, наведеного в тендерній документації. Чи є відсутність одного нормативно-правового документа в листі гарантії підставою для відхилення з урахуванням того, що згідно з пунктом 11 частини 1 статті 17 Закону замовник перевіряє учасника у відкритих реєстрах? Чи взагалі існує потреба у замовника вимагати лист-гарантію щодо санкцій, якщо замовник самостійно перевіряє учасника у відкритих реєстрах та може відхилити на підставі пункту 11 частини 1 статті 17?»*.

Відповідь Мінекономіки така: *«Шановний користувачу, повідомляємо, що відповідь на питання міститься в листі від 03.06.2020 № 3304-04/34835-06 "Щодо застосування статті 17 Закону", розміщеному на інформаційному ресурсі Уповноваженого органу з питань закупівель [за посиланням](#).*

Водночас розгляд тендерних пропозицій на відповідність вимогам тендерної документації здійснюється замовником самостійно відповідно до статті 29 Закону. Своєю чергою, підстави для відхилення тендерних пропозицій, перелік яких є вичерпним, зазначені у статті 31 Закону.

Відповідно до пункту 1 частини 1 статті 31 Закону замовник відхиляє тендерну пропозицію із зазначенням аргументації в електронній системі закупівель у разі, якщо учасника процедури закупівлі, зокрема, наявні підстави, встановлені частиною першою статті 17 Закону.

При цьому згідно з пунктом 3 частини 1 статті 31 Закону замовник відхиляє тендерну пропозицію із зазначенням аргументації в електронній системі закупівель у разі, якщо переможець процедури закупівлі не надав у спосіб, визначений в тендерній документації, документи, що підтверджують відсутність підстав, установлених статтею 17 Закону».

Додатково пропонуємо переглянути вебінар на тему: «Відкриті дані: практика Органу оскарження»

Коментар редакції

Наведений та запропонований до розгляду випадок стосується підстави для відмови в участі у процедурі закупівлі, визначеної пунктом 11 частини 1 статті 17 Закону, якою передбачено, що замовник приймає рішення про відмову учаснику в участі у процедурі закупівлі та зобов'язаний відхилити тендерну пропозицію учасника або відмовити в участі у переговорній процедурі закупівлі (крім випадків, зазначених у пунктах 2, 4, 5 частини 2 статті 40 Закону) в разі, якщо учасник процедури закупівлі є особою, до якої застосовано санкцію у виді заборони на здійснення у неї публічних закупівель товарів, робіт і послуг згідно із [Законом України «Про санкції»](#).

Під час аналізу та надання правової оцінки діям кожної зі сторін закупівельного процесу у ситуації, що склалася, можна відокремити три основні моменти, які є вельми цікавими з правової точки зору і водночас заплутаними:

правомірність рішення щодо (не)відхилення тендерної пропозиції учасника;

законність встановлення документального підтвердження учасником інформації, що є публічною;

наявність підстав відхилення.

Надія завжди є, навіть там, де, здавалось, перемогу втрачено

Вимоги тендерної документації та перелік документів, якими учасник повинен підтвердити свою відповідність таким вимогам, визначається замовником самостійно, виходячи зі специфіки предмета закупівлі, керуючись принципами здійснення закупівель та з урахуванням частини 2 і 3 статті 22 Закону.

Виходячи зі змісту пункту 32 частини 1 статті 1 Закону, учасник подає замовнику тендерну пропозицію щодо предмета закупівлі або його частини (лота) відповідно до вимог тендерної документації.

Простою і всім зрозумілою аксіомою під час розгляду тендерних пропозицій залишається

формула «тендерна пропозиція = тендерній документації».

Перелік підстав для відхилення тендерних пропозицій визначений частиною 1 статті 31 Закону та є вичерпним.

З огляду на викладене та враховуючи роз'яснення Уповноваженого органу, відсутність у складі тендерної пропозиції універсального гарантійного листа (заяви, довідки) про те, що учасник не перебуває під дією жодних санкційних обмежень або надання переліку санкційних законів, під дію яких не підпадає учасник, не в повному обсязі, як вимагалось умовами тендерної документації, слугуватиме підставою для прийняття рішення замовником про відхилення даної тендерної пропозиції. Здавалось би: і публічне законодавство, і позиція Уповноваженого органу не залишають учаснику жодного шансу на перемогу. Однак не дарма кажуть, що теорія без практики неефективна. Тому пропонуємо для ознайомлення рішення Органу оскарження № 512-р/пк-пз від 14.01.2021, оголошення № [UA-2020-12-02-005353-b](#), предметом розгляду якого є визнання неправомірним рішення замовника про відхилення тендерної пропозиції учасника внаслідок недолучення до складу тендерної пропозиції інформації (витягу з реєстру платників ПДВ), яка міститься у відкритих єдиних державних реєстрах, доступ до яких є вільним. Детальніше на порталі RADNUK.COM.UA у статті «[Витяг з реєстру платників ПДВ як інформація, що міститься у відкритих єдиних державних реєстрах](#)».

Заборонаю вимагати публічну інформацію не варто нехтувати

Згідно з частиною 5 статті 17 Закону, замовник не вимагає документального підтвердження публічної інформації, яка відповідає принаймні одній з таких ознак:

або оприлюднена у формі відкритих даних згідно із Законом України «Про доступ до публічної інформації» — стосовно будь-яких вимог тендерної документації, у тому числі за статтями 16 та 17 Закону;

або міститься у відкритих єдиних державних реєстрах, доступ до яких є вільним, — стосовно будь-яких вимог тендерної документації, у тому числі за статтями 16 та 17 Закону;

або є доступною в електронній системі закупівель — лише стосовно вимог статті 17 Закону.

Рішення Ради національної безпеки та оборони України про перелік осіб під санкціями згідно із Законом України «Про санкції», що вводять у дію укази Президента України, **також є частиною законодавства і включені до Єдиного державного реєстру нормативно-правових актів**. Отже, за даними єдиних державних реєстрів, доступ до яких є вільним, замовник має можливість перевірити, зокрема, відсутність обставин, передбачених пунктом 11 частини 1 статті 17 Закону.

Важливо: зважаючи на частину 5 статті 17 Закону, замовник не має права вимагати від учасників закупівель документального підтвердження відсутності підстав, передбачених пунктом 11 частини 1 статті 17 Закону. Така позиція висловлена і в листі Мінекономіки від [03.06.2020 № 3304-04/34835](#) «Про застосування статті 17 Закону». Детальніше на порталі RADNUK.COM.UA у статті «[Не вимагай того, що можеш побачити і сам!](#)».

Оскільки є заборона вимагати публічну інформацію, передбачена й відповідальність за її порушення: тендерна документація складена не у відповідності із вимогами Закону тягне за собою накладення штрафу на службових (посадових), уповноважених осіб замовника у розмірі ста неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (1 700 грн).

Дії, передбачені частиною 1 статті 164¹⁴ КУпАП, вчинені особою, яку протягом року було піддано адміністративному стягненню за такі ж порушення, тягнуть за собою накладення штрафу на службових (посадових), уповноважених осіб замовника у розмірі двохсот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян (3 400 грн).

Своєчасні дії як застава успіху

Не менш цікавою у даній ситуації є позиція учасника, який, порушивши основну законодавчу формулу «тендерна пропозиція = тендерній документації», робить спробу трактувати норму щодо можливого відхилення його тендерної пропозиції по-іншому. Зокрема, відійти від прямого взаємозв'язку між умовами тендерної документації та тендерною пропозицією, і тим самим перевести фокус із тендерної пропозиції, складеної не відповідно до вимог тендерної документації, на допущення замовником порушення частини 5 статті 17 Закону в частині встановлення вимоги документального підтвердження інформації, яка є публічною та перевіряється замовником самостійно під час проведення процедур закупівель.

Однак, керуючись частиною 1 статті 24 Закону фізична / юридична особа має право не пізніше ніж за 10 днів до закінчення строку подання тендерної пропозиції звернутися через електронну систему закупівель до замовника за роз'ясненнями щодо тендерної документації та / або **звернутися до замовника з вимогою щодо усунення порушення під час проведення тендеру.**

Крім того, виходячи з норми статті 18 Закону, правом суб'єкта оскарження з метою захисту своїх прав та інтересів з приводу рішення, дії чи бездіяльності замовника, що суперечать законодавству у сфері публічних закупівель, є подання скарги до Органу оскарження.

При цьому Законом не визначений та не обмежений зміст і перелік питань фізичних / юридичних осіб щодо роз'яснень стосовно тендерної документації та звернень щодо усунення порушень.

У свою чергу, відсутність з боку учасника дій, окреслених вказаними нормами, свідчить про його погодження з усіма вимогами, встановленими у тендерній документації замовником, та підлягають їх виконанню в суворій відповідності.