

Різні підстави для проведення переговорної процедури закупівлі: думка суду



Постанова Сьомого апеляційного адміністративного суду від 18.08.2021, справа № 120/770/21-а.

Обставини справи

У лютому 2021 року замовник звернувся до Вінницького окружного адміністративного суду з позовом до Управління Північного офісу Держаудитслужби у Вінницькій області, про визнання протиправним та скасування висновку. Третя особа, яка не заявляє самостійних вимог на предмет спору на стороні відповідача, — ТОВ «В».

Рішенням Вінницького окружного адміністративного суду від 13.05.2021 позов задоволено, а саме:

визнано протиправним та скасовано висновок Управління Північного офісу Держаудитслужби у Вінницькій області від 14.01.2021 про результати моніторингу закупівлі № [UA-2021-01-04-001200-b](#) «Природний газ для закладів та установ освіти та культури замовника» (далі – Висновок);

стягнуто на користь замовника сплачений при зверненні до суду судовий збір у сумі 2 270,00 грн за рахунок бюджетних асигнувань Управління Північного офісу Держаудитслужби у Вінницькій області.

Не погоджуючись із прийнятим судовим рішенням, відповідач подав апеляційну скаргу, в якій просив скасувати рішення суду першої інстанції та ухвалити нове, яким у задоволенні позовних вимог відмовити.

В обґрунтування апеляційної скарги апелянт послався на неправильне застосування судом першої інстанції норм матеріального права, порушення норм процесуального права, що, на його думку, призвело до неправильного вирішення спору. Відповідач вважає, що оскаржуваний Висновок є правомірним, а пункт 3 констатуючої частини складений

відповідно до вимог Порядку № 552.

Судом першої інстанції встановлено та підтверджено під час апеляційного розгляду справи, що 04.01.2021 замовником розпочато переговорну процедуру закупівлі ДК 021:2015 — 09123000-7 «Природний газ для закладів та установ освіти та культури Стрижавської селищної ради».

У подальшому позивачем на вебпорталі Уповноваженого органу (в електронній системі закупівель Prozorro) розміщено повідомлення про намір укласти договір про закупівлю природного газу (ідентифікатор закупівлі UA-2021-01-04-001200-b) з ТОВ «В» у кількості 37 200 м куб. на суму 370 000,00 грн за переговорною процедурою закупівлі, **підставою для застосування якої зазначено** частину 2 статті 40 Закону України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон), а саме: **відсутність конкуренції з технічних причин**.

При цьому у графі вказаного повідомлення «Обґрунтування застосування переговорної процедури закупівлі з посиланням на експертні, нормативні, технічні та інші документи, що підтверджують наявність умов для застосування переговорної процедури закупівлі» позивач навів відповідні пояснення, суть яких полягає в тому, що відповідно до протоколу засідання комісії з питань техногенно-екологічної безпеки та надзвичайних ситуацій Стрижавської селищної ради від 04.01.2021 № 1, процедура закупівлі природного газу для забезпечення його безперебійного постачання до закладів освіти та культури Стрижавської селищної ради на 2021 рік не була розпочата у зв'язку з тим, що Стрижавська територіальна громада розпочала свою діяльність 2021 року та наразі триває процедура прийому-передачі закладів, установ освіти та культури з районної комунальної власності до комунальної власності Стрижавської територіальної громади. З метою забезпечення належного функціонування закладів культури, запобігання припиненню освітнього процесу в закладах освіти (загальної середньої та дошкільної), уникнення технічних проблем (розмерзання систем опалення, вихід з ладу газового обладнання тощо), недопущення загострення ситуації із захворюваності на грип і ГРВІ через недотримання температурного режиму внаслідок відключення від постачання природного газу, відповідно до пункту 3 частини 2 статті 40 Закону України «Про публічні закупівлі», та додержання Державних санітарних правил і норм влаштування, утримання загальноосвітніх навчальних закладів та організації навчально-виховного процесу комісією вказано на необхідність проведення переговорної процедури.»

16.01.2021 між замовником та ТОВ «В» укладено договір про постачання природного газу.

14.01.2021 за результатами проведеного моніторингу процедури закупівлі № UA-2021-01-04-001200-b відповідачем складено та підписано Висновок № 05-41/5, який оприлюднено на вебпорталі Уповноваженого органу з питань закупівель.

Відповідно до пункту 1 розділу II Висновку за результатами моніторингу встановлено, що замовником у повідомленні про намір укласти договір про закупівлю умовою застосування переговорної процедури закупівлі визначено пункт 2 частини 2 статті 40 Закону, а саме: відсутність конкуренції з технічних причин, та зазначено постачальника товару ТОВ «В».

Водночас **у повідомленні про намір укласти договір про закупівлю не міститься посилань на експертні, нормативні, технічні та інші документи, які підтверджують наявність умов застосування процедури закупівлі.** При цьому ТОВ «В», з яким замовником проведено переговори, відсутнє у переліку природних монополій Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг. Отже, **замовник не обґрунтував та документально не підтвердив наявності умов застосування переговорної процедури, чим порушив вимоги пункту 2 частини 2 статті 40 Закону.**

Пунктом 3 констатуючої частини Висновку визначено: здійснити заходи щодо усунення виявленого порушення у встановленому законодавством порядку, зокрема в межах законодавства вжити заходів, передбачених частиною 8 статті 40 Закону, та протягом 5 робочих днів з дня оприлюднення висновку оприлюднити через електронну систему закупівель інформацію та / або документи, що свідчать про усунення порушення (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель, викладених у висновку, або аргументовані заперечення до висновку або інформацію про причини неможливості усунення виявленого порушення.

15.01.2021 на виконання приписів вищезазначеного Висновку позивачем подано заперечення на висновок про результати моніторингу процедури закупівлі № UA-2021-01-04-001200-b. Позивач не погоджується з результатами моніторингу та вважає, що зазначені у Висновку порушення відсутні, а його зміст суперечить вимогам чинного законодавства з питань публічних закупівель. Тому з метою скасування Висновку від 14.01.2021 № UA-2021-01-04-001200-b про результати моніторингу закупівлі позивач звернувся до суду з цим адміністративним позовом.

Задовольняючи позов, суд першої інстанції виходив з протиправності Висновку Управління Північного офісу Держаудитслужби у Вінницькій області від 14.01.2021 про результати моніторингу закупівлі № UA-2021-01-04-001200-b «Природний газ для закладів та установ освіти та культури Стрижавської селищної ради».

Позиція суду

Надаючи правову оцінку спірним правовідносинам, що виникли між сторонами, та висновкам суду першої інстанції, колегія суддів враховує таке.

З матеріалів справи судом встановлено, що дійсно в повідомленні про намір укласти договір про закупівлю (під час застосування переговорної процедури) № UA-2021-01-04-001200-b умовою застосування переговорної процедури визначено відсутність конкуренції з технічних причин, яка передбачена пунктом 2 частини 2 статті 40 Закону, своєю чергою у графі «Обґрунтування застосування переговорної процедури закупівлі з посиланням на експертні, нормативні, технічні та інші документи, що підтверджують наявність умов для застосування переговорної процедури закупівлі» позивач, посилаючись на приписи пункту 3 частини 2 статті 40 Закону, вказав на

необхідність застосування переговорної процедури з метою забезпечення належного функціонування закладів культури, запобігання припиненню освітнього процесу в закладах освіти (загальної середньої та дошкільної), уникнення технічних проблем (розмерзання систем опалення, вихід з ладу газового обладнання тощо), недопущення загострення ситуації із захворюваності на грип і ГРВІ через недотримання температурного режиму внаслідок відключення від постачання природного газу.

Як свідчать матеріали справи, сторона позивача вказує на те, що уповноваженою особою замовника зазначено на майданчику «Держзакупівлі.Онлайн» у вкладці «Пункт закону» у розділі «Обґрунтування переговорної процедури» — «Відсутність конкуренції з технічних причин», у зв'язку з відсутністю на майданчику відповідної підстави. Даний факт підтверджується скріншотом з сайту <https://www.dzo.com.ua>. Водночас позивач вказує, що в обґрунтуванні застосування переговорної процедури чітко зазначено, на підставі якого пункту Закону застосовувалась дана переговорна процедура, однак **з технічних причин у переліку запропонованих вкладок для замовника на [сайті](#) даного пункту не було.**

Колегія суддів зазначає, що зі змісту оскаржуваного Висновку вбачається, що Управлінням Північного офісу Держаудитслужби у Вінницькій області надана оцінка підставам для застосування переговорної процедури закупівлі лише щодо умов, які визначені у пункті 2 частини 2 статті 40 Закону, водночас обґрунтування замовника, наведені в повідомленні про намір укласти договір про закупівлю, відповідач залишив поза увагою та не надав жодної правової оцінки щодо можливості застосування у даній ситуації положень пункту 3 частини 2 статті 40 Закону.

Суд звертає увагу, що здійснюючи моніторинг закупівлі, відповідач зобов'язаний повно та всебічно досліджувати всі обставини та документи, які складають предмет перевірки, а не надавати вибіркочну оцінку інформації, яка зазначена, зокрема, у повідомленні про намір укласти договір про закупівлю.

Окрім того, намір позивача застосувати умови, визначені саме в пункті 3 частини 2 статті 40 Закону, підтверджується також протоколом щодо прийняття рішення уповноваженою особою від 04.01.2021 № 4, за змістом якого наведено мотиви для застосування пункту 3 частини 2 статті 40 Закону, які і були визначені замовником у повідомленні про намір укласти договір про закупівлю.

Ба більше, суд не бере до уваги доводи відповідача, що ТОВ «В» відсутнє у переліку природних монополій Національної комісії, що здійснює державне регулювання у сферах енергетики та комунальних послуг, які проводять діяльність у сфері енергетики, станом на 14.01.2021, як підставу для встановлення позивачем порушення вимог пункту 2 частини 2 статті 40 Закону, оскільки, як було з'ясовано судом, позивач застосовував переговорну процедуру не з підстав належності ТОВ «В» до переліку природних монополій.

Враховуючи вищевикладене, колегія суддів погоджується з доводами суду першої

інстанції про протиправність Висновку Управління Північного офісу Держаудитслужби у Вінницькій області від 14.01.2021 про результати моніторингу закупівлі № UA-2021-01-04-001200-b «Природний газ для закладів та установ освіти та культури Стрижавської селищної ради».

Суд постановив

1. Апеляційну скаргу Управління Північного офісу Держаудитслужби у Вінницькій області залишити без задоволення, а рішення Вінницького окружного адміністративного суду від 13.05.2021 — без змін.

2. Постанова суду набирає законної сили в порядку та в строки, передбачені у статті 325 КАС України.

Більше судової практики на порталі RADNUK.COM.UA у розділі «[Судова практика закупівель для замовника](#)»:

[«Чи має право учасник оскаржувати висновок ДАСУ?»](#);

[«Чи має право замовник вимагати документи в паперовому вигляді від переможця: позиція суду»](#);

[«Висновок ДАСУ не вирок: оскаржуємо безпідставність у суді»](#);

[«УЕП замість КЕП та відсутність довідки з банку, який видав банківську гарантію: думка суду»](#);

[«Придбання комплектуючих до товару за різними кодами: поділ предмета закупівлі чи ні?»](#).

Додатково пропонуємо переглянути вебінар на тему: Особливості проведення переговорної процедури закупівлі на підставі двох відмін