

«Подвійна закупівля»: протиправна маніпуляція чи ні?

У сучасній практиці публічних закупівель нерідко трапляються випадки **одночасного оголошення замовниками декількох ідентичних закупівель**, які мають однакову назву, бюджет, технічне завдання, кількість одиниць обладнання / робіт / послуг, що закуповуються. Як правило, подібні випадки пов'язані з наміром замовника прискорити проведення переговорної процедури закупівлі на підставі пункту 1 частини 2 статті 40 [Закону України «Про публічні закупівлі»](#) (далі — Закон) (процедура проводиться, якщо торги двічі відмінялися через недостатню кількість учасників).

Також бувають інші випадки, які провокують такі дії. Учасники сприймають подібні схеми замовників як маніпуляції, які обмежують конкуренцію. Замовники в свою чергу вважають, що їхні дії не протирічать Закону. Тому в цій статті пропоную розібратися в питанні: одночасне оголошення замовниками «закупівель-близнюків», тобто оголошення «подвійної закупівлі» — це протиправна маніпуляція чи ні?

Першочергово пропоную зосередити увагу на окремих підставах проведення переговорної процедури закупівлі, зокрема, переговорна процедура проводиться, якщо:

торги двічі відмінялися через відсутність достатньої кількості тендерних пропозицій (*пункт 1 частини 2 статті 40 Закону*);

роботи, товари чи послуги можуть бути виконані, поставлені чи надані виключно певним суб'єктом господарювання, зокрема за відсутності конкуренції з технічних причин (*пункт 2 частини 2 статті 40 Закону*).

Обидві ці підстави мають спільний чинник — **відсутність конкуренції**. І головна різниця, на мій погляд, полягає в тому, що в першому випадку замовник, зважаючи на логіку Закону, не може мати обізнаності щодо відсутності конкуренції (*тому і проводить відкриті торги*), а в другому випадку така обізнаність існує (*тому відразу проводить переговорну процедуру закупівлі*). Тобто головна і базова відмінність між цими підставами проведення переговорної процедури закупівлі зосереджена на наявності або відсутності **обізнаності** замовника щодо конкуренції / або наміру учасників брати участь у процедурі закупівлі.

Оголошення «подвійної закупівлі» у цілях прискорення переговорної процедури закупівлі за своїм змістом свідчить про обізнаність замовника щодо:

відсутності конкуренції на відповідному ринку;

або

відсутності наміру або можливості учасників брати участь у закупівлі (*не пов'язано з відсутністю реальної конкуренції*).

Якщо замовник **обізнаний про об'єктивну відсутність конкуренції** з технічних причин, то як підставу для проведення переговорної процедури закупівлі він має застосовувати пункт 2 частини 2 статті 40 Закону (*поставка здійснюється виключно певним суб'єктом господарювання з причини відсутності конкуренції*), а не пункт 1 частини 2 статті 40 Закону (*двічі відмінюються торги = переговорна процедура закупівлі*). Таким чином, застосування іншої підстави є підміною визначених Законом механізмів, а тому само собою розглядатиметься порушенням.

Якщо замовник **обізнаний про об'єктивну відсутність наміру або можливості учасників брати участь у закупівлі**, проте оголошує «подвійну закупівлю», зазначене обов'язково свідчитиме про те, що один заздалегідь визначений замовником учасник обов'язково існує.

Оголошуючи «подвійну закупівлю», замовник наперед готує підґрунтя для проведення переговорної процедури закупівлі. І тут питання: *чому інші учасники не мають бажання або можливості брати участь у закупівлі? Через відсутність економічної доцільності або через неможливість виконати певні вимоги тендерної документації? Можливо, ці вимоги / умови є дискримінаційними і сформованими під конкретного учасника (виробника)? І найголовніше: чому є конкретний учасник, який бажає укласти договір про закупівлю з цим замовником, а інші потенційні учасники відсутні, і як замовнику стало про це відомо?* У кожному разі незалежно від отриманих відповідей такі дії замовника, або така «обізнаність», **можуть розцінюватися як ознаки змови з учасником, що при певних обставинах кваліфікуватиметься як корупційний злочин.**

Окремі акценти щодо порушень у разі оголошення «подвійної закупівлі»

Також подія оголошення «подвійної закупівлі» має інші ознаки порушень, на які необхідно звернути увагу.

По-перше, з огляду на пункт 22 частини 1 статті 1 Закону предметом закупівлі є товари, роботи чи послуги, що закуповуються замовником у межах **єдиної процедури закупівлі**. Тобто певний товар, роботи або послуги обов'язково пов'язуються з єдиною процедурою закупівлі. Дана позиція кореспондується з метою, яка закладається в пункт 1 частини 2 статті 40 Закону (*торги двічі відмінюються = переговорна процедура закупівлі*).

Тобто в цьому разі оголошується одна єдина процедура закупівлі. І якщо вона відмінюється з причини відсутності достатньої кількості тендерних пропозицій, потім організовується друга процедура закупівлі. Лише після відміни двох процедур закупівель та за умови недостатньої кількості учасників можливо проводити переговорну процедуру закупівлі.

По-друге, відповідно до частини 1 статті 4 Закону планування закупівель здійснюється на підставі наявної потреби в закупівлі товарів, робіт і послуг. Заплановані закупівлі включаються до річного плану закупівель. Тобто оголошення «подвійної закупівлі» в умовах відсутності дійсної потреби закуповувати товари / роботи / послуги в тій кількості,

яка загально і сукупно заявлена в цих двох закупівлях, прямо порушує зазначену норму Закону. *Все для закупівель на одному порталі*

По-третє, «подвійна закупівля» порушує інтереси учасників. Навіть якщо припустити, що замовник не має злочинного умислу, а лише для спрощення процесів підміняє визначені Законом механізми, ці обставини не можуть однозначно гарантувати, що інші учасники не виявлять наміру брати участь у цих двох закупівлях. А отже, такі учасники будуть поставлені в умови фактичної невизначеності щодо технічних умов участі, вірогідно, будуть готуватися до двох закупівель одночасно, що призведе до необхідності нести додаткові фінансові витрати (*наприклад, якщо замовник визначить вимогу щодо забезпечення тендерної пропозиції, учасники нестимуть подвійні витрати на оформлення гарантій*).

І в кожному разі оголошення «подвійної закупівлі» має прямі ознаки порушення одних із головних принципів здійснення публічної закупівлі, визначених у статті 5 Закону, таких як добросовісна конкуренція серед учасників, відкритість та прозорість на всіх стадіях закупівель, запобігання корупційним діям і зловживанням.

Коментар редакції. Важливо підкреслити, що планування закупівель здійснюється замовниками відповідно до статті 4 Закону на бюджетний період на підставі наявної потреби в закупівлі товарів, робіт і послуг. Заплановані закупівлі включаються до річного плану закупівель. Закупівля здійснюється відповідно до річного плану підприємства.

У численних матеріалах та статтях, опублікованих на порталі RADNUK.COM.UA, ми розглядали порушення, які допускаються замовниками при проведенні переговорної процедури закупівлі. Зокрема, у статті [«Добірка оскаржень переговорної процедури закупівлі»](#) нами на практиці рішень Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі — Колегія) були проаналізовані найчастіші неправомірні дії замовників при проведенні переговорних процедур закупівель.

У статті [«Практичний розгляд оскарження відміни процедури закупівлі»](#) детально розглянули найголовніші аспекти неправомірних відмін процедур закупівель на підставі практики рішень Колегії. Разом з головою Антимонопольного комітету України ми підсумували, як найкраще діяти учаснику та формулювати свою точку зору у скарзі в разі наявності неправомірної відміни процедури закупівлі та доводити незаконність дій замовників.

Рекомендуємо замовникам проводити публічні закупівлі, керуючись прямими нормами Закону, та не ризикувати з оголошенням «процедур-близнюків», адже учасники зможуть захистити свої інтереси та оскаржити спроби замовника провести маніпуляції з «подвійною закупівлею». Отже, учасники мають реальну можливість успішно оскаржити відміни процедур закупівель, так само як неправомірне проведення переговорної процедури закупівлі за результатами відміни одночасно оголошених «закупівель-двійнят».

Станом на момент публікації статті, на жаль, практика суду щодо так званої «подвійної закупівлі» не сформована, але, найімовірніше, уже не за горами рішення суду щодо

неправомірності дій замовника в таких випадках. **закупівель**

Все для закупівель на одному порталі
Висновок

Позиція замовників, яка ґрунтується на правовому принципі свободи «дозволено все, що не заборонено Законом», є поверхневою позицією, яка не гарантує відсутності негативних наслідків для службових (посадових) та / або уповноважених осіб замовників.

У цьому аспекті необхідно досліджувати мету, наслідки та умисел, якими супроводжуються такі дії. І хоч наразі не передбачено прямої відповідальності за вчинення таких дій, проте доцільно звернути увагу на правозастосовну практику, яка беззаперечно свідчить про особливу зацікавленість правоохоронних органів до ринку публічних закупівель як одного з найбільш корумпованих у державі. І будь-які нетипові дії учасників цього ринку якраз і оцінюються на предмет мети, наслідків та умислу.

Головним чином, оголошення «подвійної закупівлі» свідчить про обізнаність замовника щодо існування лише одного учасника, який має бажання взяти участь у процедурі закупівлі на заданих правилах гри. І така обізнаність, що спровокувала проведення «подвійної закупівлі», допустила підміну визначених Законом механізмів і опосередковане порушення окремих норм Закону, а тому в будь-якому разі матиме негативний відтінок та відповідний інтерес контролюючих органів. І незалежно від того, конкуренція дійсно відсутня чи замовник все ж таки визначив такі умови, які позбавляють інших учасників бажання брати участь у процедурі закупівлі, правоохоронними органами такі дії можуть розцінюватися як прямі ознаки змови між учасником та замовником в цілях розтрати бюджетних коштів (тобто злочину).

Додатково читайте на порталі RADNUK.COM.UA такі статті:

[Одночасне оголошення відкритих торгів на один предмет закупівлі для прискорення проведення переговорної процедури](#)

[За рішенням АМКУ відмінено переговорну процедуру закупівлі. Чи дозволяє Закон повторне оголошення?](#)

[Найчастіші підстави відхилення учасників у закупівлях природного газу](#)

[Різні підстави для проведення переговорної процедури закупівлі: думка суду](#)