

Три різні погляди щодо (не)відповідності ТП: АМКУ, ДАСУ, суду

За рішенням Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі — Колегія) замовника зобов'язано скасувати рішення про відхилення тендерної пропозиції. Що ж, замовник виконав таке рішення та в подальшому уклав договір про закупівлю. Але! У публічних закупівлях є контролюючий орган Державна аудиторська служба України (далі — ДАСУ), яка у цій самій процедурі закупівлі встановлює порушення.

Певне, це вже занадто, адже замовник не погоджується з висновком моніторингу та звертається з позовною заявою до суду. Розглянемо цю ситуацію детальніше.

Точка зору Колегії



Рішення Колегії № 2793-р/пк-пз від 16.02.2021, оголошення № [UA-2020-12-30-001507-b](#)

Позиція ТОВ «Б» / скаржника: не погоджується з рішенням замовника щодо відхилення його тендерної пропозиції. Замовник зазначив підставою відхилення тендерної пропозиції ТОВ «Б» таке: «Учасником у складі тендерної пропозиції надано документ “Довідка що Учасник зобов’язується дотримуватись умов технічного завдання ТД”, в якому не дотримано вимог замовника в повному обсязі, викладених в Додатку 1 тендерної документації».

Скаржник зазначає, що надав у складі своєї тендерної пропозиції довідку № 8 від 11.01.2021, у якій наявне зобов’язання дотримуватись умов технічного завдання з обов’язковим дотриманням вимог замовника, викладених в додатку 1 тендерної документації.

Цей документ містить види та обсяги робіт, які скаржник пропонує виконати та які відповідають додатку 1 до тендерної документації. Скаржнику незрозуміла причина недотримання вимог замовника в повному обсязі, викладених в додатку 1 тендерної документації, оскільки дана інформація є неправдивою, про що свідчать надані документи.

Позиція замовника: у наданій у складі тендерної пропозиції довідці від 11.01.2021 № 8 «Про дотримання умов технічного завдання тендерної документації» не дотримані вимоги в повному обсязі, а саме: відсутня інформація, що учасником ТОВ «Б» будуть дотримані такі умови:

повернення коштів від здачі металобрухту;

використання матеріалу учасника при виконанні робіт;

термін виконання робіт: 20.12.2021;

місце виконання робіт: м. Кривий Ріг, вул. Івана Сірка, 31;

виконання робіт з капітального ремонту відповідно до проєктної документації;

забезпечення ведення таких документів: загальний журнал робіт (Додаток А до ДБН А.3.1-5:2016 «Організація будівельного виробництва»); актів на закриття прихованих робіт (Додаток В до ДБН А.3.1-5:2016 «Організація будівельного виробництва»); виконавчих схем; паспортів та сертифікатів на матеріали й обладнання;

гарантійний термін: 10 років від дати підписання актів виконаних робіт на обладнання та матеріали згідно з гарантійними умовами виробника.

Позиція Колегії. Відповідно до пункту 6 розділу 3 тендерної документації інформація про необхідні технічні, якісні та кількісні характеристики предмета закупівлі зазначена в додатку 1. Учасник має надати довідку в довільній формі про те, що учасник зобов'язується дотримуватись умов технічного завдання тендерної документації (зазначити види та обсяги робіт, які учасник пропонує виконати) з обов'язковим дотриманням вимог замовника, викладених в додатку 1 тендерної документації.

У складі тендерної пропозиції скаржника міститься довідка від 11.01.2021 № 8, відповідно до якої скаржник зобов'язується дотримуватись умов технічного завдання тендерної документації. Найменування та обсяги робіт, які ТОВ «Б» пропонує виконати, наведено в кошторисній документації у складі тендерної пропозиції з обов'язковим дотриманням вимог технічного завдання замовника, викладених в додатку 1 тендерної документації. Зазначена довідка містить також інформацію про види та обсяги робіт.

Тендерна пропозиція скаржника була неправомірно відхилена замовником з наведеної підстави. Колегія постановила зобов'язати замовника скасувати рішення про відхилення тендерної пропозиції ТОВ «Б».

Точка зору ДАСУ

Під час моніторингу встановлено:

По-перше, відповідно до пунктів 5, 6 розділу 3 тендерної документації замовник установив вимогу до учасників торгів щодо кваліфікаційних критеріїв та необхідних технічних, якісних та кількісних характеристик предмета закупівлі, зокрема надання інформації, яка підтверджує відповідність учасника, визначену в додатку 1 «Технічне завдання».

ТОВ «Б» у складі своєї тендерної пропозиції надало довідку від 11.01.2021 № 8 про обов'язкове дотримання вимог замовника, викладених у додатку 1 до тендерної документації, та довідку від 11.01.2021 № 5 про наявність інструментів та обладнання.

Згідно з відомостями ресурсів до локальних кошторисів, складених у програмному комплексі Кошторис XXI (версія 22.6.11), для виконання робіт учасником зазначено найменування будівельних машин і механізмів, наявність яких не підтверджено довідкою від 11.01.2021 № 5, а саме:

відомість ресурсів до локального кошторису № 1-1-1 на демонтажні роботи (пункт 9 Екскаватори одноковшеві дизельні на пневмоколісному ході, місткість ковша 0,25 м³);

відомість ресурсів до локального кошторису № 1-1-2 на земляні роботи (пункт 14 Трактори на гусеничному ході, потужність 59 кВт (80 к.с.));

відомість ресурсів до локального кошторису № 2-1-1 на загальнобудівельні роботи (пункт 21 Екскаватори одноковшеві дизельні на пневмоколісному ході, місткість ковша 0,25 м³, пункт 27 Компресори пересувні з електродвигуном, тиск 600 кПа (6 ат), продуктивність 0,5 м³/хв, пункт 28 Котки дорожні самохідні гладкі, маса 5 т, пункт 32 Маслостанція CR-2);

відомість ресурсів до локального кошторису № 2-1-2 на опалення (пункт 13 Компресори пересувні з електродвигуном, тиск 600 кПа (6 ат), продуктивність 0,5 м³/хв);

відомість ресурсів до локального кошторису № 2-1-3 на водопровід та каналізацію (пункт 13 Екскаватори одноковшеві дизельні на пневмоколісному ході, місткість ковша 0,25 м³);

відомість ресурсів до локального кошторису № 4-1-1 на електропостачання (пункт 16 Машини бурильно-кранові на автомобілі, глибина буріння 3,5 м);

відомість ресурсів до локального кошторису № 7-1-1 на благоустрій території (пункт

14 Котки дорожні самохідні вібраційні гладковальцеві, маса 13 т, пункт 15 Котки дорожні самохідні вібраційні гладковальцеві, маса 8 т, пункт 16 Котки дорожні на пневмоколісному ході, маса 16 т, пункт 18 Машини поливально-мийні, місткістю 6000 л).

Враховуючи вищевикладене, учасник ТОВ «Б» не підтвердив наявність вищезазначеного обладнання, що не відповідає вимогам пункту 5 розділу 3 «Інструкція з підготовки тендерної пропозиції».

По-друге, у пункті 1 розділу 3 тендерної документації замовник встановив вимогу, що під час використання електронної системи закупівель з метою подання тендерних пропозицій та їх оцінки документи та дані створюються та подаються з урахуванням вимог законів України «Про електронні документи та електронний документообіг» та «Про електронні довірчі послуги» від 05.10.2017 № 2155-VIII (далі — Закон № 2155).

Тобто тендерна пропозиція у будь-якому випадку повинна містити накладений кваліфікований електронний підпис учасника / уповноваженої особи учасника процедури закупівлі, повноваження якої щодо підпису документів тендерної пропозиції підтверджуються відповідно до поданих документів, що вимагаються згідно з цією тендерною документацією.

Відповідно до Закону № 2155 кваліфікований електронний підпис — удосконалений електронний підпис, який створюється з використанням засобу кваліфікованого електронного підпису і базується на кваліфікованому сертифікаті відкритого ключа.

Удосконалений електронний підпис — електронний підпис, створений за результатом криптографічного перетворення електронних даних, з якими пов'язаний цей електронний підпис, з використанням засобу удосконаленого електронного підпису та особистого ключа, однозначно пов'язаного з підписувачем, і який дає змогу здійснити електронну ідентифікацію підписувача та виявити порушення цілісності електронних даних, з якими пов'язаний цей електронний підпис.

ТОВ «Б» подало свою тендерну пропозицію з накладенням електронного цифрового підпису. Водночас під час перевірки зазначеного електронного цифрового підпису на [сайті Центрального засвідчувального органу](#) встановлено, що тип носія особистого ключа «незахищений / удосконалений», що свідчить про накладення на тендерну пропозицію учасника ТОВ «Б» електронного підпису, який не може вважатися кваліфікованим, що не відповідає вимогам пункту 1 розділу 3 тендерної документації.

Висновок ДАСУ про наявність порушень. Замовник на порушення вимог абзацу 2 пункту 1, абзацу 3 пункту 1, абзацу 2 пункту 2 частини 1 статті 31 [Закону України «Про публічні закупівлі»](#) (далі- Закон) не відхилив тендерну пропозицію учасника ТОВ «Б» як таку, що не відповідає кваліфікаційним критеріям, установленим статтею 16 Закону, не відповідає встановленим абзацом 1 частини 3 статті 22 Закону вимогам до учасника відповідно до законодавства, не відповідає умовам технічної специфікації та іншим вимогам щодо

предмета закупівлі тендерної документації, визначив його переможцем торгів та уклав з ним договір підряду від 12.03.2021 № 29-Т на загальну суму 23 250 831,40 гривень.

Зобов'язання щодо усунення порушення: керуючись статтями 2 та 5 Закону України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні», ДАСУ зобов'язує здійснити заходи щодо усунення виявлених порушень у встановленому законом порядку шляхом розірвання договору про закупівлю від 12.03.2021 № 29-Т з дотриманням положень [Господарського кодексу України](#) та Цивільного кодексу України, та протягом п'яти робочих днів з дня оприлюднення висновку оприлюднити через електронну систему закупівель інформацію та / або документи, що свідчать про усунення порушення законодавства у сфері публічних закупівель, викладеного у висновку, або аргументовані заперечення до висновку, або інформацію про причини неможливості усунення виявленого порушення.

Доцільно ознайомитися на порталі [RADNUK.COM.UA](#) зі статтею «[А вас аудитори зобов'язували припинити зобов'язання за договором про закупівлю?](#)».

Точка зору суду



Рішення Дніпропетровського окружного адміністративного суду від 12.10.2021 у справі № 160/9623/21

Замовник / позивач звернувся до суду з позовом до ДАСУ / відповідача, у якому просить визнати протиправним та скасувати висновок про результати моніторингу процедури закупівлі [UA-2020-12-30-001507-b](#) за предметом Капітальний ремонт аварійних конструкцій житлового будинку в м. Кривий Ріг, Дніпропетровська обл.

Позиція замовника / позивача. Вказаним висновком виявлені порушення замовника, з якими він не погоджується. Позивач вважає, що оскаржуваний висновок є необґрунтованим, незаконним та таким, що не відповідає дійсним обставинам справи, що, у свою чергу, фактично позбавляє позивача можливості здійснити свої функції.

Позиція ДАСУ / відповідача: за результатами моніторингу встановлено порушення, зокрема в частині аналізу тендерної пропозиції учасника ТОВ «Б», яке не відхилено замовником, що призвело до порушення вимог абзаців 2, 3 пункту 1, абзацу 2 пункту 2 частини 1 статті 31 Закону.

Позиція суду: проаналізувавши обставини справи, під час прийняття рішення суд керується таким:

По-перше, замовником у пункті 5 «Кваліфікаційні критерії до учасників» розділу 3 тендерної документації встановлені вимоги, зокрема, щодо наявності обладнання, матеріально-технічної бази та технологій. На підтвердження наявності обладнання, матеріально-технічної бази та технологій учасники подають як частину пропозиції довідку в довільній формі про наявність в учасника обладнання, матеріально-технічної бази та технологій (обладнання, машини, механізми, устаткування тощо), у тому числі, які будуть використовуватись учасником для виконання умов договору (вказати найменування, кількість, власне / залучене / орендоване).

Виконуючи цей пункт, учасник ТОВ «Б» надав довідку № 5 від 11.01.2021, у якій вказав перелік найменування інструментів, обладнання та його кількість і належність. При цьому замовником не вимагалось наводити наявність в учасника техніки, обладнання, устаткування, зазначених у відомості ресурсів до локальних кошторисів, не вимагалось наявності конкретної техніки, обладнання, механізмів та її кількості.

У пункті 6 «Інформація про технічні, якісні та кількісні характеристики предмета закупівлі» розділу 3 тендерної документації на підтвердження відповідності тендерної пропозиції вимогам до предмета закупівлі учасник повинен був надати довідку в довільній формі про те, що учасник зобов'язується дотримуватись умов технічного завдання тендерної документації (зазначити види та обсяги робіт, які учасник пропонує виконати) з обов'язковим дотриманням вимог замовника, викладених в додатку 1 тендерної документації.

ТОВ «Б» надало довідку № 8 від 11.01.2021, у якій зобов'язалося дотримуватись умов технічного завдання тендерної документації, яка містить види і обсяги робіт з обов'язковим дотриманням вимог замовника, викладених у додатку 1 тендерної документації. Ні чинним законодавством, ні позивачем не встановлено обов'язку підтверджувати наявність в повному обсязі матеріально-технічної бази і технологій на етапі подання тендерної пропозиції.

По-друге, щодо висновку відповідача про відсутність в документах учасника кваліфікованого електронного підпису (накладання учасником УЕП замість КЕП).

Відповідно до умов тендерної документації документи, що складаються учасником, надаються у формі електронного документа через електронну систему закупівель із накладанням кваліфікованого електронного підпису на кожен з таких документів (матеріал чи інформацію). Пропозиція ТОВ «Б» подана в електронному вигляді з накладанням електронного кваліфікованого підпису.

Основні організаційно-правові засади електронного документообігу та використання електронних документів встановлені Законом України від 22.05.2003 № 851-IV «Про електронні документи та електронний документообіг (далі — Закон № 851). Згідно зі статтею 6 Закону № 851 для ідентифікації автора електронного документа може

використовуватися електронний підпис.

За визначенням пункту 23 частини 1 статті 1 Закону № 851 кваліфікований електронний підпис — удосконалений електронний підпис, який створюється з використанням засобу кваліфікованого електронного підпису і базується на кваліфікованому сертифікаті відкритого ключа.

Суд звертається також до постанови Кабінету Міністрів України від 03.03.2020 № 193 «Про реалізацію експериментального проекту щодо забезпечення можливості використання удосконалених електронних підписів і печаток, які базуються на кваліфікованих сертифікатах відкритих ключів», якою встановлено, що удосконалені електронні підписи чи печатки, які базуються на кваліфікованих сертифікатах відкритих ключів, що відповідають затвердженню пунктом 2 цієї постанови вимогам, можуть використовуватися користувачами електронних довірчих послуг.

Учасники процедури закупівлі можуть використовувати удосконалені електронні підписи для здійснення електронної взаємодії, електронної ідентифікації та автентифікації фізичних, юридичних осіб і представників юридичних осіб у разі, коли законодавством передбачено використання виключно кваліфікованих електронних підписів чи печаток.

Згідно з пунктом 44 статті 1 Закону України «Про електронні довірчі послуги» удосконалений електронний підпис — електронний підпис, створений за результатом криптографічного перетворення електронних даних, з якими пов'язаний цей електронний підпис, з використанням засобу удосконаленого електронного підпису та особистого ключа, однозначно пов'язаного з підписувачем, і який дає змогу здійснити електронну ідентифікацію підписувача та виявити порушення цілісності електронних даних, з якими пов'язаний цей електронний підпис.

Частиною 3 статті 15 Закону України «Про електронні довірчі послуги» визначено, що використання кваліфікованих електронних підписів та печаток забезпечує високий рівень довіри до схем електронної ідентифікації. Використання удосконалених електронних підписів та печаток забезпечує середній рівень довіри до схем електронної ідентифікації.

Оскільки автора електронного документа, директора ТОВ «Б», було ідентифіковано за його електронним підписом, то в цьому випадку суд вважає, що не має правового значення, який тип електронного підпису був використаний — удосконалений або кваліфікований.

Подібна позиція суду висловлена в статті [«Судова практика щодо КЕП та УЕП»](#).

За вказаних обставин суд не погоджується з даним порушенням, яке було виявлено відповідачем.

Керуючись статтями 139, 242-246, 255, 295 Кодексу адміністративного судочинства України, суд вирішив позовну заяву замовника до ДАСУ про визнання протиправним та скасування рішення задовольнити. Крім того, встановлено визнати протиправним та скасувати висновок про результати моніторингу процедури закупівлі

UA-2020-12-30-001507-b й стягнути на користь замовника за рахунок бюджетних асигнувань ДАСУ судовий збір у розмірі 2 270,00 грн.

Висновки

Учасники при підготовці документів тендерної пропозиції повинні уважно вивчати умови тендерної документації та повністю виконувати всі вимоги замовника. Водночас в разі безпідставного відхилення тендерної пропозиції учасника через надумані вимоги замовника, які не містилися в умовах тендерної документації, такий учасник може сміливо відстоювати свою позицію у Колегії.

У разі встановлення порушення під час проведення процедури закупівлі за результатом проведеного моніторингу замовник може не погодитись із таким висновком ДАСУ та звернутися з позовом до суду. У цьому конкретному випадку суд задовольнив позов, через те що *замовником не вимагалось наводити наявність у учасника техніки, обладнання, устаткування, зазначених у відомості ресурсів до локальних кошторисів, не вимагалось наявності конкретної техніки, обладнання, механізмів та її кількості, тож і відхилити тендерну пропозицію учасника, який не надав цієї інформації, підстав немає.*

Також суд вважає, що ні чинним законодавством, **ні замовником** не встановлено обов'язку підтверджувати наявність в повному обсязі матеріально-технічної бази і технологій на етапі подання тендерної пропозиції. Підстави для відхилення ТОВ «Б» відсутні.

Ще більше показової судової практики читайте на порталі [RADNUK.COM.UA](https://radnuk.com.ua) в розділі «[Судова практика для учасників](#)» та у статтях:

«[Невідхилення переможця за наявності численних помилок — штрафу бути! Судова практика](#)»;

«[Історія однієї переговорної процедури: судова практика](#)»;

«[11 млн, 8 учасників, 5 порушень: якої думки суд?](#)»;

«[Вимога щодо надання кошторису в паперовому вигляді: якої думки суд?](#)».