



НАЦІОНАЛЬНЕ АГЕНТСТВО
З ПИТАНЬ ЗАПОБІГАННЯ
КОРУПЦІЇ

КОРУПЦІЙНІ РИЗИКИ ПІД ЧАС ПРОВЕДЕННЯ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ В УМОВАХ ВОЄННОГО СТАНУ (станом на червень 2023 року)

Стратегічний аналіз
корупційних ризиків

2023



ЗМІСТ

ВСТУП

РИЗИК 1. Проведення відкритих торгів при поданні лише однієї тендерної пропозиції	7
РИЗИК 2. Можливість подання тендерних пропозицій за ціною, вищою за очікувану вартість	11
РИЗИК 3. Збільшення ціни закупівлі як істотної умови договору	13
РИЗИК 4. Зловживання закупівлями через електронний каталог	16
РИЗИК 5. Корупційні зловживання шляхом укладення прямих договорів	18
РИЗИК 6. Непослідовність рішень органу оскарження (відсутність усталеної / узагальненої практики)	21
РИЗИК 7. Неможливість оскарження рішень, дій чи бездіяльності замовників під час проведення процедур закупівель, зокрема спрощених	24
РИЗИК 8. Проблеми з виконанням рішень органу оскарження та судів	28
РИЗИК 9. Обмеження прав учасників під час розгляду скарг Антимонопольним комітетом України	32
РИЗИК 10. Інші (нецінові) критерії оцінки пропозицій	34
РИЗИК 11. Застосування «штучних перепон» у закупівлях для надання переваги необхідному учаснику	37

ВСТУП

Починаючи з 2016 року, громадськість вже звикла до електронних закупівель та відкритих даних і сприймає їх як звичний інструмент прозорості закупівельних процедур за бюджетні кошти та максимальної залученості бізнесу. Проте так було не завжди. До появи електронних закупівель їх проводили у паперовому форматі, і вони, як правило, асоціювалися з корупцією.

Так, раніше оголошення про тендери розміщували лише в паперовому виданні «Вісник державних закупівель». А в 2008 році з'явився попередник Prozorro – вебпортал tender.me.gov.ua, на якому публікували інформацію про закупівлі, однак брати в них участь онлайн було неможливо. Більш того, за деякий функціонал вебпорталу необхідно було окремо платити¹.

Компанії, що таки знайшли оголошення про тендер і хотіли позмагатися за контракт, мали передати замовнику прошитий, пронумерований та скріплений печаткою пакет необхідних документів. Під час реєстрації свого пакета в тендерному комітеті бізнес міг стикнутися з неочікуваними перепонами.

Чимало інформації не оприлюднювалось, відповідно – можливостей непомітно обійти правила на закупівлях було значно більше. Досить часто замовники на тендерах сприяли у перемозі приближеним особам.

Бізнес розумів, що на торгах може стикнутися з корупцією та дискримінацією, тому подавав свої пропозиції менш охоче. Загалом у суспільстві було упередження, що державні торги – це нечесно. Тому робота із закупівлями часто супроводжувалась недовірою і репутаційними проблемами. Дані про закупівлі були обмеженими не лише для громадян та бізнесу – раніше їх було набагато менше і в самої держави.

Однак, враховуючи запит бізнесу та суспільства, громадські активісти разом із бізнесом, волонтерами та представниками держави створили систему електронних закупівель та загалом провели фундаментальну реформу публічних закупівель.

¹ <https://www.pravda.com.ua/columns/2021/08/2/7302483/>

Це надало змогу громадянам детально відслідковувати, які документи на тендер подано та як бізнес торгувався під час аукціону, а також ознайомитись із фінальним договором, усіма його умовами та додатками.

Система електронних закупівель зменшила можливості для зловживань і сприяє їх виявленню правоохоронними, контролюючими та судовими органами влади.

За даними дослідження Київської школи економіки, тендерні процедури забезпечили економію більше 5%, а Prozorro Market – понад 10%. Для кожного ринку окремо рівень реальної економії варіювався від 1 до більш ніж 20% від цін закупівель, що проводились поза межами Prozorro^{2 3}.

За період з 2016 по 2020 роки система електронних закупівель допомогла українському населенню заощадити близько 6 млрд доларів державних коштів. Загальна вартість виявлених «проблемних» тендерів становила майже 1 млрд доларів. Ці результати стали перемогою у боротьбі за прозорі, етичні та ефективні державні закупівлі в Україні⁴.

У перші місяці широкомасштабного вторгнення російських військ в Україну публічні закупівлі було дозволено проводити без систем електронних закупівель для пришвидшеного закриття нагальних потреб. Загалом у 2022 році здійснено кардинальні зміни у закупівельному законодавстві.

Так, зокрема, замовникам у разі здійснення закупівлі без використання електронної системи закупівель у звіті про її проведення дозволено не публікувати інформації про своє місцезнаходження та місцезнаходження постачальників, місце поставки товарів, виконання робіт чи надання послуг, якщо поширення такої інформації несе ризики для безпеки замовника та постачальників. Водночас не регламентовано, які саме ризики для безпеки замовника та постачальників нестиме виконання вимог щодо публікації такої інформації.

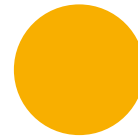
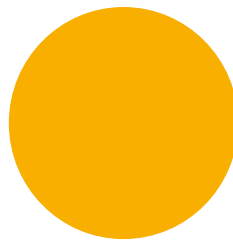
Поступово, від можливості цілковито не використовувати Prozorro, закупівлі повернули в електронну систему з особливостями або ж як альтернативу шляхом проведення спрощених закупівель та використання електронних каталогів. Однак звітуватимуть замовники лише після того, як військовий стан буде припинено чи скасовано⁵.

² <https://www.epravda.com.ua/columns/2022/11/18/694002/>

³ https://cep.kse.ua/article/impact-of-prozorro/impact-of-prozorro.pdf?fbclid=IwAR3ShGNm2w9_9i_rmwhiqHJfUFkZpqc02pqCfMgRcGPCIOnd9HL-bdMgFHM

⁴ <https://tapas.org.ua/all-uk/news-uk/dosiahnennia-ukrainy-u-rozvytku-tsyfrovykh-tekhnologij-vidznachyly-u-shtatakh/>

⁵ <https://dzplatforma.com.ua/article/15771-yakimi-budut-zakupivli-u-2023-rotsi-komentar-eksperta>



Наприклад, деякі положення постанови Кабінету Міністрів України від 12.10.2022 № 1178 «Про затвердження особливостей здійснення публічних закупівель товарів, робіт і послуг для замовників, передбачених Законом України «Про публічні закупівлі», на період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування» нівелюють окремі принципи здійснення процедур закупівель – такі як: добросовісна конкуренція серед учасників та максимальна економія, ефективність і пропорційність.

Фахівці Національного агентства з питань запобігання корупції продовжують здійснювати моніторинг законодавства з метою недопущення появи корупційних ризиків та прогалин. НАЗК виявляє у проектах нормативно-правових актів корупційні ризики та надає розробникам рекомендації для усунення й мінімізації виявлених корупціогенних факторів.

Водночас у 2022 році розробники не завжди враховували висновки антикорупційної експертизи НАЗК у цій сфері.

Зокрема, за результатами розгляду проекту постанови Кабінету Міністрів України «Про затвердження особливостей здійснення публічних закупівель товарів, робіт і послуг для замовників, передбачених Законом України «Про публічні закупівлі», на період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування» ідентифіковано низку корупціогенних факторів, які зумовлюють потребу в його доопрацюванні.

Одним із таких факторів є дозвіл на здійснення закупівлі додаткових аналогічних робіт чи послуг, у тому числі високовартісних, у того самого учасника протягом трьох років після укладення основного договору про закупівлю, що не узгоджується із пропонованим строком дії проекту постанови та збільшує корупційні ризики.

Крім цього, з'являються все нові й нові ініціативи, які можуть значно послабити контроль за використанням коштів під час публічних закупівель та погіршити ситуацію із корупцією.

На конвеєр поставлено ініціативи, що містять значні прогалини. Для деяких недобросовісних посадових осіб це можливість скористатися ситуацією, пов'язаною з воєнним станом.

Прикладами можуть слугувати такі ініціативи:



Під приводом змін щодо усунення проблем з виконання договорів у сфері будівництва та ремонту автомобільних доріг встановлюється можливість замовнику на власний розсуд обирати контрагентів при здійсненні закупівель високовартісних товарів та послуг.



Під приводом забезпечення проведення публічних закупівель із застосуванням електронної системи закупівель в умовах стабілізаційних та аварійних відключень електричної енергії на території України запропоновано виключити електронний аукціон з механізму проведення відкритих торгів, що створює умови для поширення корупційних зловживань, а також неефективного й непрозорого використання бюджетних коштів.

Наразі ініціюється виведення процедури закупівлі за проектами відбудови з Prozorro, що унеможливить доступ громадськості до відповідної інформації. Проведення таких закупівель без їх публікації в електронній системі – дуже ризиковий крок для країни, оскільки система електронних закупівель дає можливість суспільству контролювати, як і куди витрачаються кошти⁶.

Будь-яке незастосування системи електронних закупівель щодо товарів чи послуг, які не належать до категорії невідкладних, є невиправданим кроком з точки зору запобігання корупції.

Крім того, Світовий банк, який вже фінансує окремі проекти критичної відбудови України, рекомендував використовувати Prozorro для всіх закупівель на потреби відбудови⁷. З початком повномасштабної реалізації Плану відновлення України кількість таких проектів значно зростає, і Prozorro має стати єдиною системою для проведення всіх закупівель у межах відбудови.

Українська електронна система закупівель довела, що відповідає найвищим міжнародним стандартам проведення закупівель, а її безперебійна робота в умовах широкомасштабного вторгнення та здатність гнучко реагувати на потреби держави свідчить про те, що Prozorro має стати єдиною системою для здійснення всіх закупівель по проектах відбудови – як за бюджетні кошти, так і за кошти міжнародних партнерів та інвесторів.

⁶ <https://ti-ukraine.org/blogs/vidbudova-be-z-prozorro-yak-provodyty-zakupivli-shhob-do-nyh-ne-bulo-pytan/>

⁷ <https://www.kmu.gov.ua/news/svitovyi-bank-rekomenduvav-vykorystovuvaty-prozorro-dlia-vsikh-zakupivel-na-potreby-vidbudovy-ukrainy>

Враховуючи вищезазначене, війна РФ проти України призупинила процес впровадження деяких реформ. У відповідь на загрози воєнний стан зменшив прозорість закупівель, щоб уникнути розголошення інформації про національну безпеку, і послабив обмеження підзвітності для полегшення закупівлі⁸. Тим не менш, українське суспільство продемонструвало свою готовність навіть під час триваючої війни продовжувати реформи для європейської та євроатлантичної інтеграції.

На сьогодні об'єктивно неможливо усунути всі корупційні ризики та повернутись до положень законодавства щодо здійснення закупівель, якими вони були до повномасштабного вторгнення в Україну.

Водночас громадськість та уповноважені органи мають розробити гнучкі механізми забезпечення прозорості закупівель, а також запобігання корупції. У тих випадках, в яких це дійсно питання безпеки та невідкладності, необхідно застосовувати спрощені механізми, а у сферах, де це можливо та залежно від категорії товарів / послуг і суми закупівель та інших параметрів, – мають застосовуватись повноцінні конкурентні процедури та посилений контроль за використанням бюджетних коштів. Крім того, після закінчення воєнного стану надзвичайно важливим кроком є повне (а не фрагментарне) та швидке повернення до процедур довоєнних закупівель з акцентом на мінімізації корупційних ризиків під час відбудови України.

Враховуючи вищезазначене, фахівці Національного агентства провели комплексний аналіз відповідного законодавства та процедур публічних закупівель в умовах воєнного стану, ідентифікували найбільш поширені корупційні ризики, а також сформулювали рекомендації для їх усунення / мінімізації.

⁸ <https://nako.org.ua/media/naperekir-usyomu-proces-oboronnoyi-reformi-v-ukrayini>



Ризик № 1. Проведення відкритих торгів при поданні лише однієї тендерної пропозиції

Опис ризику

Згідно зі змінами до перехідних положень Закону України «Про публічні закупівлі» (далі – Закон про закупівлі) на період дії правового режиму воєнного стану в Україні особливості здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для замовників визначаються Кабінетом Міністрів України. Так, з 19.10.2022 набрала чинності постанова Кабінету Міністрів України від 12.10.2022 № 1178 «Про затвердження особливостей здійснення публічних закупівель товарів, робіт і послуг для замовників, передбачених Законом України «Про публічні закупівлі», на період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування» (далі – Постанова № 1178, Особливості). Ці Особливості встановили низку правил, які послабили запобіжники проти корупційних та антиконкурентних дій. На цей час Постанова № 1178 діє в редакції постанови Кабінету Міністрів України від 12.05.2023 № 471 «Про внесення змін до постанов Кабінету Міністрів України від 12 жовтня 2022 р. № 1178 і від 21 березня 2023 р. № 253 та визнання такими, що втратили чинність, деяких постанов Кабінету Міністрів України».

Зокрема, для проведення відкритих торгів із застосуванням електронного аукціону повинно бути подано не менше двох тендерних пропозицій. Положення Закону про закупівлі встановлюють, що електронний аукціон проводиться електронною системою закупівель. Разом з тим відповідно до п. 36 Особливостей, якщо була подана одна тендерна пропозиція, електронна система закупівель після закінчення строку для подання тендерних пропозицій, визначених замовником в оголошенні про проведення відкритих торгів, не проводить оцінку такої тендерної пропозиції та визначає її найбільш економічно вигідною.

Замовник перевіряє подані учасником інформацію / документи на відповідність тендерній документації та вимогам законодавства і після цього приймає рішення про визначення учасника переможцем. За таких умов відкриті торги будуть проведені у разі подання навіть однієї тендерної пропозиції.

Відповідні зміни нівелюють низку принципів здійснення процедур закупівель, зокрема – добросовісної конкуренції серед учасників та максимальної економії, ефективності та пропорційності закупівель, оскільки у разі відповідності тендерної пропозиції єдиного учасника умовам документації, замовник буде зобов'язаний укласти з ним договір, незважаючи на запропоновану ціну. Проте п. 37 Особливостей зобов'язує замовників обґрунтовувати рішення щодо обрання процедури закупівлі без застосування електронного аукціону.

Враховуючи те, що під час проведення аукціону суб'єкти господарювання надають власні пропозиції щодо ціни товару або послуги, за рахунок конкуренції початкова ціна має зменшитися.

Вказані зміни посилюють ризик змови між учасником і замовником та неправомірного збільшення замовником очікуваної вартості закупівлі задля того, аби за участі лише одного постачальника отримати неправомірну вигоду від необґрунтовано завищеної ціни.

При цьому у разі участі лише одного учасника в процедурі, унеможлиблюється оскарження результатів цієї процедури до Антимонопольного комітету України, оскільки суб'єктом оскарження рішень, дій чи бездіяльності замовника, які відбулися після розгляду тендерних пропозицій, може виступати лише учасник процедури закупівель, права якого порушено. Це збільшує ризик неправомірних дій замовника, а також нівелює механізми, які були закладені у законодавство для запобігання корупційним правопорушенням при проведенні публічних закупівель.

Закупівельне законодавство не містить нормативно-правових актів, обов'язкових до використання, з механізмом визначення очікуваної вартості предмета закупівлі.

Питання визначення очікуваної вартості предмета закупівлі врегульоване наказом Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України від 18.02.2020 № 275, яким затверджена Примірна методика визначення очікуваної вартості предмета закупівлі (далі – Методика).

Зазначена Методика може застосовуватися замовником для визначення очікуваної вартості предмета закупівлі товарів, робіт і послуг. **Однак, враховуючи те, що Методика є примірною, її застосування є правом замовника, а не обов'язком.** У Методиці надано визначення основних термінів та понять, зокрема таких, як:



очікувана вартість – це розрахункова вартість предмета закупівлі на конкретних умовах поставки із зазначенням інформації про включення до очікуваної вартості податку на додану вартість (ПДВ) та інших податків і зборів;



очікувана ціна за одиницю – це розрахункова ціна одиниці товару із зазначенням інформації про включення до очікуваної ціни податку на додану вартість (ПДВ), інших податків і зборів, а також доставки товару до замовника.

Таким чином, за відсутності чіткого, обов'язкового до використання механізму визначення очікуваної вартості існує ймовірність завищення очікуваної вартості, що, у разі подання однієї тендерної пропозиції, може призвести до укладення договорів за завищеними цінами та перевитрат бюджетних коштів.

Кейс

Комунальне підприємство (замовник) оголосило закупівлю 21 750 літрів бензину А-95 та 26 300 літрів дизельного пального⁹. Очікувана вартість закупівлі становила 2,5 млн гривень. Замовник вказав у тендерній документації, що не приймає до розгляду тендерну пропозицію, ціна якої є вищою очікуваної вартості предмета закупівлі, визначена замовником в оголошенні про проведення відкритих торгів. Підприємство-учасник закупівлі запропонувало єдину тендерну пропозицію у вигляді 2,4 млн гривень за постачання необхідних нафтопродуктів. Замовник, проаналізувавши ситуацію та відповідні документи від учасника, вирішив відмінити закупівлю через те, що в ході розгляду цієї пропозиції виявилось, що запропонована ціна є вищою аніж та, за якою замовник закуповує пальне за договором без торгів, і значно вищою за ціну, за якою цей самий учасник відпускає пальне вроздріб на своїй АЗС. Оскільки торги не призвели до конкуренції і зниження ціни, що спричинить необґрунтовані витрати бюджету, замовник вирішив відмінити торги.

У свою чергу, учасник закупівлі звернувся зі скаргою до Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі – Колегія) з проханням, зокрема, зобов'язати замовника скасувати рішення про відміну процедури закупівлі.

Учасник закупівлі не погодився із прийнятим рішенням і вважав його таким, що винесене з порушенням вимог Закону про закупівлі та Постанови № 1178. Також свої докази учасник мотивував тим, що його пропозиція не перевищувала очікуваної вартості.

Замовник у своїй позиції вказав, що визначення цього єдиного учасника переможцем призведе до необґрунтованої розтррати бюджетних коштів.

Колегія вирішила, що замовник не довів та документально не підтвердив правомірності відміни процедури закупівлі. Колегія зобов'язала замовника скасувати рішення про відміну процедури закупівлі.

⁹ <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2022-10-31-004743-a>

Наслідки

Стратегічні

- Відсутність конкуренції.
- Втрата бюджетних коштів внаслідок економії під час проведення закупівель.

Корупційні

- Ігнорування недоліків у тендерній пропозиції учасника.
- Здійснення закупівлі товарів за завищеною очікуваною вартістю за відсутності конкурентних торгів.

Рекомендації

Внести зміни до постанови Кабінету Міністрів України від 12.10.2022 № 1178 «Про затвердження особливостей здійснення публічних закупівель товарів, робіт і послуг для замовників, передбачених Законом України «Про публічні закупівлі», на період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування» щодо унеможливлення проведення відкритих торгів при поданні лише однієї тендерної пропозиції.

Ризик № 2. Можливість подання тендерних пропозицій за ціною, вищою за очікувану вартість

Опис ризику

Відповідно до п. 28 Особливостей замовник у тендерній документації обов'язково зазначає інформацію про можливість розгляду тендерної пропозиції, ціна якої є вищою ніж очікувана вартість предмета закупівлі, визначена замовником в оголошенні про проведення відкритих торгів. В абзаці третьому п. 28 Особливостей передбачено, що ціна тендерної пропозиції може перевищувати очікувану вартість предмета закупівлі у разі, якщо замовник зазначив відсоток, на який учасник може перевищити ціну тендерної пропозиції над очікуваною вартістю.

Відповідні зміни обґрунтовувались нестабільністю економіки у період дії воєнного стану та коливанням цін на ринку, що могло призвести до неправильного визначення очікуваної вартості.

Водночас Постановою № 1178 не визначено жодного інструменту контролю за правомірністю надання ціни, вищої за очікувану вартість. Тобто учасник на момент подання пропозиції жодним чином не зобов'язаний документально підтвердити наявність обставин, що зумовлюють встановлення вищої за очікувану вартість ціни. Від замовника також не вимагається обґрунтовувати рішення про дозвіл на подання пропозицій, які є дорожчими, ніж встановлено замовником. Також не зазначено переліку випадків, у яких дозволяється розглядати відповідні пропозиції.

Відсутність правового регулювання порядку визначення вищої за очікувану вартість цінової пропозиції, а також відсутність будь-якої можливості перевірки обґрунтованості такого встановлення може привести до зловживань недобросовісними учасниками / замовниками та розтрати бюджетних коштів.

Враховуючи комплекс змін до порядку проведення публічних закупівель, ймовірно є ситуація проведення торгів лише з одним учасником за ціною, вищою за очікувану вартість, з відсутністю можливості оскаржити результати таких торгів до уповноважених органів.

Слід зазначити, що цей механізм можуть використовувати лише державні та комунальні підприємства. Застосування такого механізму бюджетними установами суперечить Бюджетному кодексу України.



Наслідки

Стратегічні

- Непередбачуваність витрат бюджету замовника.

Корупційні

- Завищення вартості цінової пропозиції та отримання неправомірного прибутку учасниками торгів.
- Розтрата державних коштів.
- Змова між учасником та замовником з метою отримання неправомірної вигоди.

Рекомендації

Внести зміни до постанови Кабінету Міністрів України від 12.10.2022 № 1178 «Про затвердження особливостей здійснення публічних закупівель товарів, робіт і послуг для замовників, передбачених Законом України «Про публічні закупівлі», на період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування» щодо визначення порядку документального підтвердження необхідності подання тендерної пропозиції за ціною, вищою за очікувану вартість.

Ризик № 3. Збільшення ціни закупівлі як істотної умови договору

Опис ризику

У процесі проведення публічних закупівель ціна є одним із головних критеріїв оцінки їх ефективності та показником досягнення економії. Саме тому зміна ціни в процесі виконання договору про закупівлі є об'єктом особливої уваги контролюючих та правоохоронних органів.

Відповідно до ч. 4 ст. 41 Закону про закупівлі умови договору про закупівлю не повинні відрізнятися від змісту тендерної пропозиції / пропозиції за результатами електронного аукціону (у тому числі ціни за одиницю товару) переможця процедури закупівлі.

Виключними випадками для зміни ціни як істотної умови договору є визначення грошового еквівалента зобов'язання в іноземній валюті та перерахунку ціни за результатами електронного аукціону в бік зменшення ціни пропозиції учасника без зменшення обсягів закупівлі.

Зазначена норма покликана забезпечити сферу публічних закупівель від корупційних зловживань, а також стимулювати учасників у тендерних пропозиціях визначати під час електронного аукціону економічно обґрунтовані ціни, захистити від демпінгових заходів тощо.

Істотні умови договору про закупівлю не можуть змінюватися після його підписання до виконання зобов'язань сторонами в повному обсязі, крім виключних випадків, передбачених ч. 5 ст. 41 Закону про закупівлі.

Згідно з постановою Верховного Суду у справі № 916/1491/17¹⁰ від 30.01.2018 «Положення Закону України «Про публічні закупівлі» є спеціальними нормами, які визначають правові підстави внесення змін та доповнень до договорів, укладених за наслідком публічних закупівель, різновидом яких є тендерні закупівлі, та повинні застосовуватися переважно щодо норм Цивільного кодексу України (ст. 651) та Господарського кодексу України (ст. 188), які визначають загальну процедуру внесення змін до договору. Відтак, якщо спеціальною нормою права заборонено укладення умов договору про публічні закупівлі, які відрізняються від умов тендерної пропозиції, та заборонено вносити зміни до договору, окрім певного переліку таких змін, то внесення змін до такого договору поза межами переліку означатиме нікчемність таких змін до договору..».

¹⁰ <https://reyestr.court.gov.ua/Review/72072585>

Разом з тим відповідно до Постанови № 1178 істотні умови договору про закупівлю можуть змінюватися після його підписання до виконання зобов'язань сторонами в окремих випадках, зокрема: погодження зміни ціни за одиницю товару в договорі про закупівлю у разі коливання ціни такого товару на ринку, що відбулося з моменту укладення договору про закупівлю або останнього внесення змін до договору про закупівлю в частині зміни ціни за одиницю товару. Зміна ціни за одиницю товару здійснюється пропорційно коливанню ціни такого товару на ринку (відсоток збільшення ціни за одиницю товару не може перевищувати відсоток коливання (збільшення) ціни такого товару на ринку) за умови документального підтвердження такого коливання та не повинна призвести до збільшення суми, визначеної в договорі про закупівлю на момент його укладення.

Таким чином, зазначені норми Постанови № 1178 надають можливість вносити зміни безпосередньо до ціни договору за результатами закупівлі.

Ці норми можуть використовуватись недобросовісними постачальниками та/або замовниками з метою отримання неправомірного прибутку шляхом штучного збільшення ціни договору. При цьому у положеннях Постанови № 1178 не передбачено визначення поняття «документальне підтвердження» стосовно збільшення ціни за одиницю товару у разі коливання ціни такого товару на ринку, що дає можливість довільно трактувати належність такого підтвердження і спричиняє корупційні ризики під час виконання договору за результатами процедури закупівлі.

Кейс

Укладення додаткових угод до договору за результатами процедури закупівлі з метою підвищення вартості договору існувало у публічних закупівлях до впровадження воєнного стану. У законодавстві не було передбачено можливості прямого підвищення вартості договору, однак це можна було зробити шляхом укладення додаткових угод з підвищенням вартості до 10% не частіше ніж один раз на 90 днів з моменту підписання договору про закупівлю / внесення змін до такого договору щодо збільшення ціни за одиницю товару.

Так, Господарський суд міста Києва рішенням¹¹ від 27.07.2017 у справі № 910/4474/17 визнав недійсною додаткову угоду від 29.03.2016 № 3 до договору поставки від 18.03.2016 № ЦЗВ-14-00816-01, укладену між Філією «Центр забезпечення виробництва» ПАТ «Українська залізниця» та ТОВ «Вог Аеро Джет», згідно з якою вартість закупленого Філією дизпального у ТОВ «Вог Аеро Джет» у березні 2016 року було безпідставно підвищено на 92,48 млн гривень¹².

¹¹ <https://reyestr.court.gov.ua/Review/68068041>

¹² <https://nashigroshi.org/2017/07/28/nabu-vyhralo-u-voha-i-ukrzaliznytsi-spir-za-nezakonnu-pereplatu-92-miljoniv-zadyzplyvo/>

Суть порушення полягала у тому, що компанія-постачальник перемогла в тендері, запропонувавши ціну, нижче ринкової, а в подальшому надавала довідки «Держзовнішінформу», які показували коливання ціни на ринку нафтопродуктів, та кожною додатковою угодою збільшувала суму договору.

Загалом Національне антикорупційне бюро України оцінило збитки від додаткових угод у 115 млн грн, що підтверджено судовими експертизами.

Наявність нової норми у Постанові № 1178, яка прямо передбачає можливість збільшення ціни договору, підвищує ризик необґрунтованої розтрати бюджетних коштів.

Рекомендації

Внести зміни до постанови Кабінету Міністрів України від 12.10.2022 № 1178 «Про затвердження особливостей здійснення публічних закупівель товарів, робіт і послуг для замовників, передбачених Законом України «Про публічні закупівлі», на період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування» щодо визначення чіткого порядку, форми та вимог до документального підтвердження коливання ціни предмета договору (товару, послуг, робіт) на ринку.

Ризик № 4. Зловживання закупівлями через електронний каталог

Опис ризику

Електронний каталог створювався як інструмент для здійснення державних закупівель типових товарів. Замовнику не потрібно складати тендерну документацію, а всі постачальники вже кваліфіковані централізованими закупівельними організаціями. Така процедура була передбачена для закупівель популярних товарів на незначні суми, наприклад – продуктів харчування чи канцелярії.

Відповідно до Закону про закупівлі електронні каталоги замовник може використовувати як альтернативу закупівлі без використання електронної системи при здійсненні закупівель товарів, робіт і послуг, вартість яких не перевищує 50 тисяч гривень, або як альтернативу спрощеній закупівлі за умови, що вартість предмета закупівлі товарів, послуг дорівнює або перевищує 200 тисяч гривень, а робіт – 1,5 мільйона гривень.

Після введення воєнного стану закупівлі через електронний каталог регулюються також Постановою № 1178, яка дала змогу замовникам купувати через електронний каталог товари без граничної верхньої межі по сумі закупівлі. Тобто сума закупівель товарів через електронний каталог тепер не обмежена. З урахуванням вищезазначених змін наразі замовники можуть проводити закупівлі на великі суми без належного опрацювання тендерної документації та оминають ризик оскарження, а також моніторинг Державної аудиторської служби України (далі – Держаудитслужба).

При цьому здійснення закупівель з використанням електронного каталогу не передбачає можливості встановлення будь-яких умов до постачальника, адже запит цінових пропозицій не може містити нічого, крім інформації про найменування товару та його кількість, строк, місце, спосіб поставки, умови оплати та кінцевий строк подання ціни пропозицій. Тобто замовник жодним чином не може переконатись у добросовісності постачальника, його спроможності поставити необхідний товар та наявності будь-якого досвіду постачання такого товару.

Також під час закупівель на великі суми посилюється ризик можливих корупційних зловживань адміністратором, оскільки саме він може встановити одну або кілька з таких кваліфікаційних вимог до учасника.

Таким чином, на сьогодні постає проблема корупційного зловживання відсутністю верхньої граничної межі очікуваної вартості предмета закупівлі, оскільки замовники мають можливість проводити закупівлю за каталогом товарів на значні суми, при цьому не маючи інструменту контролю за відповідністю учасника (відсутня можливість встановлення забезпечення виконання договору тощо).

Кейс

Відповідно до аналітичного модуля Ві Prozorro, за весь 2021 рік було здійснено 12,25 тис. закупівель з використанням електронного каталогу. Загальна сума таких закупівель становила 157,34 млн гривень.

У 2022 році за результатами здійснення 7,22 тис. закупівель через каталог сума укладених договорів сягнула 166,22 млн грн, що свідчить про те, що після прийняття Постанови № 1178 замовники стали укладати договори з постачальниками через електронний каталог на значно вищій сумі ніж попереднього довоєнного року.

Наслідки

Стратегічні

- Дискреційні повноваження щодо вибору постачальників товарів, робіт та послуг.
- Втрата коштів державного бюджету.
- Відсутність верхньої цінової межі для застосування електронного каталогу.

Корупційні

- Змова посадових осіб замовника та потенційних контрагентів для обрання їх постачальниками товарів, робіт, послуг.
- Вимагання неправомірної вигоди адміністратором за проходження перевірки постачальника згідно з кваліфікаційними вимогами.

Рекомендації

Внести зміни до постанови Кабінету Міністрів України від 12.10.2022 № 1178 «Про затвердження особливостей здійснення публічних закупівель товарів, робіт і послуг для замовників, передбачених Законом України «Про публічні закупівлі», на період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування» щодо обмеження верхньої граничної межі очікуваної вартості для проведення закупівель з використанням електронного каталогу.

Врегулювати порядок внесення постачальників до електронного каталогу шляхом встановлення додаткових вимог для підтвердження відповідності постачальників, їхньої спроможності та відповідальності.

Ризик 5. Корупційні зловживання шляхом укладення прямих договорів

Опис ризику

Відповідно до Закону про закупівлі як виняток у закупівлях застосовується переговорна процедура. Замовник укладає договір про закупівлю після проведення переговорів щодо ціни та інших умов договору про закупівлю з одним або з кількома учасниками процедури закупівлі. Крім того, цим Законом передбачено застосування спрощеної закупівлі, що проводиться замовником з використанням електронного аукціону.

Водночас Постановою № 1178 на період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування встановлено можливість укладення прямих договорів з подальшим розміщенням в електронній системі закупівель відповідних звітів про такі договори, а також повідомлень про внесення змін до договорів. При цьому застосування переговорної процедури закупівель Постановою 1178 не передбачено.

Придбання замовниками товарів і послуг (крім послуг з поточного ремонту), вартість яких становить або перевищує 100 тис. грн, послуг з поточного ремонту, вартість яких становить або перевищує 200 тис. грн, робіт, вартість яких становить або перевищує 1,5 млн гривень, може здійснюватися шляхом укладення договору про закупівлю без застосування відкритих торгів та/або електронного каталогу для закупівлі товару. При цьому визначено низку критеріїв, коли дозволено здійснювати такі закупівлі.

Однак критерії, які застосовуються, є недосконалими, та подекуди прослідковується відсутність належного контролю за реальною потребою в укладенні прямих договорів.

Зокрема, одним із пунктів критеріїв є перебування замовника або його відокремленого підрозділу на території активних бойових дій, які не були завершені на дату укладення договору про закупівлю.

На практиці деякі замовники зловживають такою можливістю, укладаючи прямі договори навіть тоді, коли є реальна змога провести торги. Наприклад, договори на проведення планових ремонтів (не зумовлених руйнуваннями) або закупівля новорічних подарунків на 8 млн гривень.



Ще одним із критеріїв, на який необхідно звернути увагу, є випадок, коли у замовника виникла потреба у постачанні додаткового обсягу товару тим самим постачальником, і в разі зміни постачальника замовник буде вимушений придбати товар з іншими технічними характеристиками, що призведе до виникнення несумісності, пов'язаної з експлуатацією і технічним обслуговуванням, або у разі, коли така закупівля зумовлена змінами до галузевих стандартів у сфері охорони здоров'я. Закупівля додаткового обсягу товару у того самого постачальника здійснюється протягом трьох років після укладення договору про закупівлю, якщо загальна вартість такого постачання не перевищує 50 відсотків ціни договору про закупівлю.

При цьому у вказаному пункті не йдеться про ціну такого товару і на скільки вона може відрізнятись від постачання за умовами вже укладеного договору.

Крім цього, Постанова № 1178 передбачає можливість проведення закупівлі без використання електронної системи, зокрема у випадку неподання жодної тендерної пропозиції для участі у відкритих торгах у строк, установлений замовником згідно з Особливостями, у тому числі за лотом.

Таку норму передбачено на заміну умовам проведення переговорної процедури закупівлі у разі, якщо відкриті торги було відмінено двічі.

Також п. 13 нової редакції Постанови № 1178 містить широкий перелік підстав для укладення прямого договору. Так, згідно з новою редакцією Особливостей внесено зміни до порядку оприлюднення інформації про закупівлю шляхом укладення прямого договору з підстав, визначених у п. 13, а саме: тепер у разі укладення прямого договору замовника не зобов'язано оприлюднювати обґрунтування для укладення прямого договору, а тільки зазначати підставу, яку він застосовує.

Враховуючи значно скорочені строки проведення процедур закупівель, відповідно до Постанови № 1178 надання можливості укладати прямий договір після першої відміни процедури за відсутності учасників може нести корупційні ризики в частині змови посадових осіб замовників та учасників закупівель.

Таким чином, Постанова № 1178 містить положення, що не відповідають Закону про закупівлі в частині винятків, а недосконалість критеріїв для укладення прямих договорів та механізму документального підтвердження такої необхідності породжують можливість для налагодження корупційних схем.

Кейс

Згідно з даними системи Prozorro деякі закупівлі замовників Луцької міської ради під час війни викликають неабиякі сумніви.

Зокрема, КП «Медичне об'єднання Луцької міської територіальної громади» оприлюднило «прямий» договір¹³ на закупівлю «Послуг з поточного ремонту благоустрою прилеглої території підприємства з влаштуванням стоянки для автомобілів на проспекті Відродження, 13» на суму майже 2,5 млн гривень.

Громадськість¹³ занепокоєна тим, наскільки гострою та нагальною під час війни є потреба у влаштуванні автомобільної стоянки з тією метою, щоб не проводити відкритих торгів.

Наслідки

Стратегічні

- Відсутність внутрішнього акта (або недосконалість акта), який регулює порядок укладення прямих договорів.
- Неконкурентний характер процедури відбору постачальників.
- Зменшення підстав для укладення прямих договорів.

Корупційні

- Змова посадових осіб замовника та потенційних контрагентів для обрання їх постачальниками при укладенні прямих договорів.
- Підробка документів для відповідності критеріям.
- Розтрата бюджетних коштів шляхом укладення додаткових прямих договорів.

Рекомендації

Внести зміни до постанови Кабінету Міністрів України від 12.10.2022 № 1178 «Про затвердження особливостей здійснення публічних закупівель товарів, робіт і послуг для замовників, передбачених Законом України «Про публічні закупівлі», на період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування» в частині можливості укладення прямого договору з постачальником у разі відміни процедури закупівлі відкритих торгів, встановивши умовою прямого договору щонайменше двічі відмінені торги у зв'язку з відсутністю учасників.

¹³ <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2022-05-10-000797-a>

¹⁴ <https://volynonline.com/chy-ye-u-luczki-j-gromadi-korupczija/>

Ризик № 6. Непослідовність рішень органу оскарження (відсутність усталеної / узагальненої практики)

Опис ризику

Органом оскарження відповідно до Закону про закупівлі є Антимонопольний комітет України (далі – АМКУ). Відповідно до розпорядження цього Комітету від 18.05.2023 № 11-рп утворено комісії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі – Комісії)¹⁵. До видання цього розпорядження органом оскарження виступала постійно діюча адміністративна колегія Антимонопольного комітету України. Вбачається, що орган оскарження є одним із найефективніших інструментів захисту порушених прав та законних інтересів учасників закупівель.

Разом з тим дуже часто виникають ситуації, в яких Колегія / Комісія приймає кардинально різні рішення за однакових умов. Така проблема зумовлюється найчастіше різним складом Колегії / Комісії у тих випадках, коли окремі члени Колегії / Комісії не погоджуються із судженнями своїх колег. При цьому в учасників процедур закупівель виникають колізії, за яких учасники не можуть передбачити результат розгляду скарг навіть у тому випадку, якщо скарги ідентичні.

Існує дуже багато прикладів, коли Колегія приймала протилежні за змістом рішення в однакових умовах. Така ситуація видається небезпечною з точки зору корупційних ризиків, оскільки підстави для прийняття протилежних рішень можуть бути пов'язані, зокрема, із неправомірним наданням переваги одним учасникам процедури закупівлі перед іншими.

При цьому до 2020 року Антимонопольний комітет України готував щорічно Узагальнену практику Колегії АМКУ, в якій збирав найпоширеніші підстави для оскарження та надавав роз'яснення щодо підходу Колегії до розгляду таких підстав.

Після 2020 року АМКУ видав лише декілька подібних документів, які стосувались конкретних ситуацій оскарження. Проте на практиці сама ж Колегія не дотримується власних узагальнень та дуже часто приймає протилежні до викладених в узагальненнях рішення.

¹⁵ <https://amcu.gov.ua/napryami/oskarzhennya-publichnih-zakupivel/komisija-z-rozglyadu-skarg>

Одним із можливих шляхів вирішення цього питання є затвердження узагальнень практики Колегії / Комісії, оскільки схожі скарги учасників закупівель не є ідентичними, до законодавства часто вносяться зміни, змінюється склад Комісії тощо. Рішення за результатами розгляду скарги члени Комісії / Колегії приймають разом, і допускається наявність «окремої» думки члена Комісії / Колегії, що загалом ускладнює процес створення сталої практики. Розробка та прийняття Антимонопольним комітетом України офіційного документа з узагальненнями закріпить сформовану практику Комісії / Колегії як єдино можливу, що, своєю чергою, надасть учасникам додаткові гарантії під час процедури оскарження.

При цьому головним фактором є обов'язковість дотримання Колегією / Комісією прийнятих нею узагальнень, що може бути досягнуто шляхом моніторингу та контролю за діяльністю органу оскарження та можливої відповідальності за прийняття неправомірних рішень.

Кейс

Поширеними скаргами до АМКУ є, зокрема, скарги на умови тендерної документації за предметом закупівлі «Поточний середній ремонт автомобільних доріг».

Так, у двох процедурах, оголошених Службами автомобільних доріг (САД) двох областей України, потенційний учасник скаржився на умови щодо аналогічного договору та в обох скаргах зазначив, що виконання всього обсягу конкретних робіт учасники повинні підтвердити в рамках ремонту доріг саме державного значення I, II чи III категорії.

Також в обох скаргах цей учасник вказував, що не заперечує в цілому необхідність мати досвід виконання аналогічного договору на дорогах державного значення, але наполягав на тому, що учасники повинні мати можливість підтвердити обсяги видів робіт, у тому числі сукупно роботами, виконаними на дорогах місцевого та державного значення.

Однак Колегія, маючи одного потенційного учасника та однакові умови в тендерних документаціях, прийняла два протилежних рішення – про задоволення скарги в межах процедури, що проводилась САД в одній області, та про відмову у задоволенні скарги в межах процедури, що проводилась САД в іншій області.

<https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2020-07-02-003835-a>

<https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2020-07-16-006825-c>

Наслідки

Стратегічні

- Неможливість визначення бізнесом послідовної стратегії захисту своїх порушених прав та законних інтересів.

Корупційні

- Можливість надання Колегією неправомірної переваги одним учасникам процесу оскарження перед іншими.

Рекомендації

- Розробити та прийняти узагальнену практику Комісії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель.
- Рекомендувати Комісії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель обґрунтовувати прийняті рішення.

Ризик № 7. Неможливість оскарження рішень, дій чи бездіяльності замовників під час проведення процедур закупівель, зокрема спрощених

Опис ризику

Відповідно до Закону про закупівлі спрощена закупівля – придбання замовником товарів, робіт і послуг, вартість яких дорівнює або перевищує 50 тис. гривень та є меншою за вартість, що встановлена у пп. 1 і 2 ч. 1 ст. 3 цього Закону (200 тис. гривень). Результати проведення спрощеної закупівлі не можуть бути предметом розгляду органу оскарження, яким виступає Антимонопольний комітет України, а можуть бути оскаржені учасниками лише безпосередньо до замовника, контролюючих органів та до органів судової влади. Відсутність можливості оскарження результатів спрощених процедур закупівель до органу оскарження зумовлена передусім необхідністю швидкого проведення таких процедур. Однак відсутність оперативного контролю за порядком проведення спрощених процедур з боку органу оскарження призводить до частих порушень замовниками законодавства про публічні закупівлі в частині неправомірних відхилень тендерних пропозицій учасників або визначення переможців спрощених процедур учасників, чиї тендерні пропозиції не відповідали вимогам самого замовника.

Проте у затверджених Постановою № 1178 Особливостях поняття «спрощена закупівля» не фігурує. Разом з тим фактично при закупівлі:

- товарів та послуг до 100 тис. грн;
- послуг поточного ремонту до 200 тис. грн;
- робіт до 1,5 млн грн

замовники можуть, окрім укладення прямого договору, використовувати, у тому числі, електронний каталог чи електронну систему закупівель відповідно до умов, визначених адміністратором. Таке формулювання у дійсності означає фактичну можливість проводити спрощені закупівлі відповідно до наказу ДП «Прозоро» від 20.10.2022 № 25¹⁶.

При цьому спрощені закупівлі залишились обов'язковими для проведення під час закупівлі товарів і послуг з метою запобігання поширенню COVID-19, оскільки в Україні ще продовжується карантин, пов'язаний з пандемією.

На період дії правового режиму воєнного стану в Україні після затвердження Особливостей проблема оскарження спрощених закупівель стала не такою актуальною. Однак після скасування режиму воєнного стану та повернення законодавства про публічні закупівлі у межі довоєнних умов така проблема знову виникне.

¹⁶ <https://drive.google.com/file/d/1cLNviK1-3RVrXO126-JpPtmEKGpVUfyy/view>

Надання в подальшому можливості учасникам спрощених процедур закупівель оскаржувати рішення замовників (в частині відхилення тендерних пропозицій учасників та визначення переможців торгів) до органу оскарження стане ефективним важелем впливу на замовника з метою дотримання ним вимог Закону про закупівлі, а встановлення скороченого порядку розгляду таких скарг органом оскарження допоможе зберегти швидкість та оперативність проведення спрощених закупівель.

Крім того, варто зауважити, що спрощені процедури закупівлі також не можуть контролюватись Держаудитслужбою, адже відповідно до Закону про закупівлі моніторинг здійснюється виключно щодо процедур закупівель, а згідно зі ст. 14 цього Закону закупівлі можуть здійснюватися шляхом застосування однієї з таких конкурентних процедур:

- відкриті торги;
- торги з обмеженою участю;
- конкурентний діалог.

Таким чином, законодавець не відносить спрощені процедури до процедур закупівель, а отже, провести моніторинг додержання вимог законодавства під час здійснення спрощеної процедури закупівлі – неможливо.

Разом з тим Постанова № 1178 (у редакції постанови Кабінету Міністрів України від 12.05.2023 № 471 «Про внесення змін до постанов Кабінету Міністрів України від 12 жовтня 2022 р. № 1178 і від 21 березня 2023 р. № 253 та визнання такими, що втратили чинність, деяких постанов Кабінету Міністрів України») розширила повноваження Держаудитслужби (п. 23 Особливостей).

Кейс

Відповідно до статистики, отриманої з модуля аналітики Ві Prozorro, у 2021 році було проведено 320,09 тис. спрощених процедур закупівель. При цьому 66,4% з них були завершені, 27,2% – не відбулись і 6,2% – скасовані.

Водночас загальна очікувана вартість спрощених процедур закупівель у 2021 році становить більше 58,07 млрд гривень.

Проте жоден контролюючий орган (АМКУ, Держаудитслужба) не має повноважень щодо оцінки законності проведення спрощених процедур закупівель та встановлення наявності можливих порушень під час їх проведення.

Єдиний можливий спосіб захисту прав під час проведення спрощених процедур закупівель – звернення до судової інстанції.

Разом з тим найбільшу частку звернень до суду стосовно спрощених закупівель становить оскарження їх відміни замовником або неправомірного (на думку заявника) відхилення пропозиції. Таким чином, у «сірій зоні» залишаються безспірні процедури. При цьому немає жодних гарантій, що такі процедури проведені у межах чинного законодавства та не містять жодних порушень з боку замовника та/або учасника.

Одним із прикладів можливих спекуляцій відсутності контролю за спрощеними закупівлями може бути тендер на будівництво мосту. Відповідно до річного плану закупівель на 2021 рік, замовник розраховував на проведення вказаного тендеру з очікуваною вартістю 65 млн гривень.

Вказаний тендер замовнику вдалось провести лише у серпні 2022 року, а очікувана вартість зросла до 105 млн гривень.

Згідно з даними журналістських розслідувань таке зростання очікуваної вартості закупівлі замовник обґрунтував зростанням цін на матеріали у зв'язку із воєнним станом на території України. Однак, як зазначається в журналістському розслідуванні, ціни на матеріали зросли в середньому на 20 - 40%.

Таким чином, підвищення очікуваної вартості процедури закупівлі одразу на 60% може мати ознаки наявності корупційної складової під час проведення цієї спрощеної закупівлі.

Відповідно до результатів її проведення замовник відхилив цінову пропозицію учасника, який запропонував виконати роботи за 99,8 млн грн, на підставі невідповідності його документів умовам оголошення про проведення спрощеної закупівлі та визначив переможцем учасника, який запропонував ціну, нижчу за очікувану вартість всього на 232 тис. гривень.

Враховуючи неможливість оскарження рішень, дій та бездіяльності замовника до органу оскарження, а також неможливість проведення моніторингу цієї спрощеної процедури закупівлі, обґрунтованість прийнятого замовником рішення залишається під питанням.



Наслідки

Стратегічні

- Неможливість використання доступного механізму оскарження з метою захисту порушених прав та законних інтересів.

Корупційні

- Зловживання замовників під час підготовки оголошення про проведення спрощеної закупівлі та встановлення дискримінаційних вимог.
- Неповна перевірка документів учасників з метою обрання завідомо визначеного переможця.
- Неправомірне відхилення пропозицій учасників.

Рекомендації

Внести зміни до Закону України «Про публічні закупівлі» щодо надання органу оскарження повноважень стосовно розгляду скарг учасників спрощених процедур закупівель, результатів проведення таких процедур та визначити спрощений (прискорений) порядок розгляду таких скарг органом оскарження.

Ризик № 8. Проблеми з виконанням рішень органу оскарження та судів

Опис ризику

Проблеми з виконанням рішень органу оскарження (Колегії / Комісії) та суду можна умовно поділити на дві категорії – неможливість виконання таких рішень за відсутності відповідного технічного функціоналу електронної системи закупівель та небажання замовників виконувати такі рішення з огляду на наявність корупційної складової.

1 Невиконання замовниками рішень Колегії / Комісії

Згідно із Законом про закупівлі у замовника є 30 днів на виконання рішення Колегії / Комісії АМКУ. Строк обчислюється від дня ухвалення рішення Колегією / Комісією. Із внесенням змін до Закону про закупівлі законодавець передбачив також зміни до Кодексу України про адміністративні правопорушення та встановив відповідальність керівника замовника за невиконання рішення Колегії / Комісії у вигляді штрафу в розмірі від 2 до 10 неоподаткованих мінімумів доходів громадян.

Таке нововведення значно зменшило відсоток рішень Колегії, які ігнорувались замовниками, однак це не вирішило проблеми неповного чи формального виконання таких рішень.

2 Щодо неможливості виконання рішень суду Колегією за відсутності відповідної технічної можливості

Відповідно до Закону про закупівлі рішення органу оскарження (Колегії) може бути оскаржене суб'єктом оскарження, замовником до Київського міського окружного адміністративного суду впродовж 30 днів із дня його оприлюднення в електронній системі закупівель.

За результатами розгляду позову суд може зобов'язати як замовника, так і Комісію вчинити певні дії.

Проте ані замовник, ані орган оскарження не мають фактичних інструментів для виконання рішення суду. У разі якщо суд підтримує доводи позивача та вважає прийняте Комісією рішення неправомірним, – суд, серед іншого, може спрямувати скаргу на повторний розгляд до Комісії.

Однак ні Закон про закупівлі в цілому, ні ст. 18 цього Закону зокрема не передбачають порядку перегляду Комісією / Колегією своїх рішень або повторного розгляду скарг. На практиці такі рішення суду потрапляють до Колегії / Комісії через великий проміжок часу від першочергового оскарження, коли вже давно закінчилися визначені Законом терміни оскарження, вже укладено договір або навіть відмінено процедуру закупівлі.

У таких умовах у Колегії / Комісії не залишається жодних процесуальних можливостей, окрім як припинити розгляд скарги або залишити її без розгляду.

3 Щодо неможливості виконання рішень суду замовниками за відсутності відповідної технічної можливості

Суттєва проблема під час судового оскарження – відсутність механізму виконання судового рішення замовником, яка пов'язана з відсутністю відповідного технічного функціоналу безпосередньо в електронній системі. Тобто у разі задоволення судом позову і зобов'язання замовника скасувати рішення про відміну процедури закупівлі або відхилення тендерної пропозиції позивача та/або зобов'язання замовника укласти договір із позивачем, – замовник фактично не може цього зробити за відсутності відповідної функції в електронній системі закупівель.

Як висновок, необхідно зазначити, що у зв'язку з колізіями в чинному законодавстві та обмеженим функціоналом електронної системи закупівель, яка жодним чином не інтегрує в себе судовий розгляд справ, що пов'язані з процедурами закупівель, на сьогодні відсутній механізм виконання судового рішення. Тобто учасники процедури закупівлі можуть скористатися своїм правом на судове оскарження рішень замовника та/або Колегії / Комісії, однак таке оскарження здебільшого не матиме жодного практичного результату, оскільки виконати рішення суду не зможе ані замовник, ані Колегія / Комісія.

Кейс

1. Невиконання замовниками рішень Колегії

Постановою Шостого апеляційного адміністративного суду України від 10.10.2019 у справі № 640/9921/19¹⁷ залишено без змін рішення Окружного адміністративного суду міста Києва від 05.08.2019, яким задоволено позов ТОВ «Торговий дім «Еталон Авто» до Антимонопольного комітету України про визнання рішення Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель від 13.05.2019 № 5841-р/пк-пз протиправним, його скасування та повторний розгляд скарги.

За результатами судового розгляду до Колегії надійшла постанова відділу примусового виконання рішень Департаменту державної виконавчої служби Міністерства юстиції України про відкриття виконавчого провадження з виконання виконавчого листа, згідно з яким Комітет повинен був виконати рішення суду впродовж 10 робочих днів.

¹⁷ <https://reyestr.court.gov.ua/Review/84854168>

Під час нового розгляду Колегія послалася на те, що замовник уже уклав договір із переможцем, а з моменту укладення договору про закупівлю лише суди мають повноваження на розгляд скарг щодо таких договорів.

У результаті Колегія припинила розгляд скарги у зв'язку з її невідповідністю вимогам ч.ч. 1 або 2 ст. 18 Закону про закупівлі.

2. Неможливість виконання рішень суду замовниками за відсутності відповідної технічної можливості

Рішенням Господарського суду Одеської області від 16.03.2020 № 916/3418/19¹⁸ у справі за позовом ПП «Ялик» до Управління капітального будівництва Одеської обласної державної адміністрації про визнання незаконними та скасування рішень, визнання переможцем та визнання договору укладеним у межах процедури закупівлі із будівництва амбулаторії загальної практики сімейної медицини у с. Приморське – позов задоволено частково.

У цій справі позивач не погоджувався з рішеннями замовника про відхилення його тендерної пропозиції та відміну процедури закупівлі, а також просив суд зобов'язати замовника укласти з ним договір як із переможцем процедури.

За результатами розгляду справи суд дійшов висновку, що прийняття судом рішення про визнання недійсними та скасування рішень відповідача відповідно має наслідком продовження замовником процедури закупівлі та завершення її в порядку, передбаченому чинним законодавством, тобто відновлення становища, що існувало до його порушення, та частково задовольнив позовні вимоги, зобов'язавши Управління капітального будівництва Одеської обласної державної адміністрації скасувати свої рішення про відхилення тендерної пропозиції ПП «Ялик» та про відміну процедури закупівлі.

Станом на 08.07.2020 рішення набрало законної сили та не було оскаржене до апеляційної інстанції. Однак відповідно до інформації з вебпорталу Уповноваженого органу судові рішення залишилися невиконаними, процедура відмінена, права та законні інтереси позивача не поновлені.

¹⁸ <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88450420>

Наслідки

Стратегічні

- Відсутність гарантії повноцінної реалізації права на захист порушених прав та законних інтересів під час здійснення процедур закупівель.

Корупційні

- Зловживання відсутністю інструментів виконання рішень з метою уникнення відповідальності за порушення.
- Вибірковий підхід до виконання рішень контролюючих органів.

Рекомендації

- Покращити наявний технічний функціонал електронної системи закупівель з метою інтеграції в неї судових рішень у межах процедур закупівель та надати фізичну можливість замовникам виконувати рішення суду.
- Внести зміни до Закону України «Про публічні закупівлі» в частині надання органу оскарження правових інструментів для виконання рішень суду.

Ризик № 9. Обмеження прав учасників під час розгляду скарг Антимонопольним комітетом України

Опис ризику

Відповідно до Закону про закупівлі сторонами розгляду скарги є суб'єкт оскарження та замовник. Таке формулювання виключає можливість брати участь у засіданнях Колегії / Комісії третіх сторін, чий інтереси можуть бути порушені за результатами оскарження.

Наприклад, у разі оскарження учасником рішення замовника про визначення переможця процедури закупівлі, за аналогією із судовим процесом, третьою стороною можна вважати безпосередньо переможця. Однак під час розгляду скарг переможець не має жодних процесуальних прав, тобто він не може брати участі у засіданні Комісії та надавати будь-які пояснення по суті скарги.

Така ситуація певним чином провокує виникнення деяких зв'язків між переможцем та замовником, оскільки під час розгляду скарги останньому фактично доводиться захищати своє рішення про обрання переможця та доводити Комісії, що пропозиція переможця подана відповідно до вимог Закону про закупівлі тендерної документації. При цьому можуть мати місце випадки, коли переможець безпосередньо допомагає замовнику у підготовці до розгляду скарги.

Як спосіб вирішення такої проблеми може бути надання можливості вступу в процес розгляду скарги третім особам, чий права та законні інтереси порушуються під час розгляду скарги. Надання можливості третім особам самостійно надавати пояснення, які будуть розглядатись Комісією під час прийняття рішення за скаргою, дасть змогу виключити необхідність безпосереднього контакту замовника з такими третіми сторонами та скоротить корупційні ризики, що можуть виникнути під час такого контакту.

Наслідки

Стратегічні

- Неможливість захисту своїх прав третіми особами, на яких впливає рішення Колегії.

Корупційні

- Зв'язок між учасником, пропозиція якого оскаржується, і замовником та їх процесуальна залежність один від одного.

Рекомендації

Внести зміни до Закону України «Про публічні закупівлі» в частині надання можливості третім особам, чиї права та законні інтереси порушуються в процесі розгляду скарги, брати участь у засіданнях комісії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель та надавати відповідні пояснення по суті скарги.

Ризик № 10. Інші (нецінові) критерії оцінки пропозицій

Опис ризику

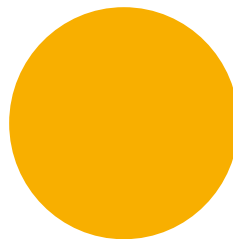
Відповідно до редакції Закону про закупівлі, яка діяла до 19.04.2020, можливість встановлення замовниками нецінових критеріїв для оцінки тендерних пропозицій учасників була винятком. Ст. 28 цього Закону містила виключний перелік підстав, на яких замовник міг їх обрати – у разі здійснення закупівлі, яка має складний або спеціалізований характер (у тому числі консультаційних послуг, наукових досліджень, експериментів або розробок, дослідно-конструкторських робіт), та при цьому – у разі відсутності постійно діючого ринку. До нецінових критеріїв заборонялося відносити умови оплати, строк виконання, гарантійне обслуговування, експлуатаційні витрати, передачу технології та підготовку управлінських, наукових і виробничих кадрів.

З набранням чинності новою редакцією Закону про закупівлі 19.04.2020 права замовників щодо встановлення додаткових критеріїв оцінки тендерних пропозицій, крім ціни, були значно розширені законодавцем. Замовник може застосовувати нецінові критерії в будь-якій процедурі закупівлі та без конкретного обґрунтування необхідності застосування таких критеріїв.

За таких умов фактично виникла ситуація, в якій замовники зловживають наданим їм правом на встановлення нецінових критеріїв оцінки тендерних пропозицій з метою надання переваги одним учасникам перед іншими.

Дискреційні повноваження замовників на встановлення у тендерних документаціях будь-яких нецінових критеріїв є прямим корупційним ризиком, оскільки дають право замовнику «відсіяти» учасників без жодних визначених обґрунтувань, виключно на підставі наявності чітко визначеного нецінового критерію, якому відповідає лише вузьке коло потенційних учасників.

Тобто на сьогодні замовник не обмежений у виборі критеріїв лише ціною та не повинен обґрунтовувати свій вибір ані складністю процедури закупівлі, ані відсутністю постійно діючого ринку тощо.



Зловживання неціновими критеріями оцінки тендерних пропозицій відбувалось як до надання замовнику дискреційних повноважень на їх встановлення, так і після. Непоодинокі випадки, коли задля отримання перемоги з дорожчою ціною учасники зазначали у складі своєї пропозиції нереальний строк поставки (1 хвилина) за наявності нецінового критерію «термін поставки» або вказували завищений термін гарантійного обслуговування (50 років) за наявності відповідного критерію оцінки.

Одним із яскравих прикладів можна вважати закупівлю послуг лікувальних закладів¹⁹. Так, замовник оголосив про проведення процедури закупівлі послуг хірургічних стаціонарних закладів та встановив нецінові критерії оцінки пропозиції, а саме:

- «- за можливості надання послуг пацієнту вагою не менше 240 кг - 30%;
- за можливості надання послуг пацієнту вагою не менше 230 кг - 15%;
- за можливості надання послуг пацієнту вагою не менше 210 кг - 10%».

Такі вимоги були оскаржені до тендерної Колегії АМКУ. У поясненнях до скарги стверджувалось, що згідно зі статистичними даними кількість пацієнтів з вагою більше 240 кг становить всього 1% від загальної кількості пацієнтів.

При цьому скаржник зазначав, що систему з можливістю обслуговування пацієнтів з вагою понад 240 кг має лише один учасник на ринку.

У цьому випадку тендерна Колегія стала на бік учасника та зобов'язала замовника внести зміни до тендерної документації.

Однак постановою Шостого апеляційного суду від 14.04.2020 у справі № 640/16038/19²⁰ залишено без змін рішення суду I інстанції, яким визнано протиправним та скасовано рішення Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель від 25.07.2019 № 10109-р/пк-пз щодо зобов'язання Комунальної установи «Міська клінічна лікарня №1» внести відповідні зміни до тендерної документації за процедурою закупівлі - ДК 021:2015:85110000-3 - Послуги лікувальних закладів та супутні послуги», оголошення про проведення якої оприлюднено на вебпорталі Уповноваженого органу за № UA-2019-06-25-001327-с, з метою усунення порушень, зазначених у мотивувальній частині рішення.

¹⁹ <https://yur-gazeta.com/dumka-eksperta/zakupivelnij-faq-necinovi-kriteriyi-ocinki-tendernih-propozicij-shcho-zminilos.html>

²⁰ <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88810430>

Суд, серед іншого, вважає необґрунтованими висновки АМКУ про встановлення у тендерній документації вимог, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників, у тому числі скаржника (ТОВ «Дім медицини»).

Наслідки

Стратегічні

- Відсутність відповідальності замовників за зловживання дискреційними повноваженнями під час встановлення нецінових критеріїв оцінки.
- Мала ймовірність успішного оскарження встановлення замовниками нецінових критеріїв оцінки тендерних пропозицій.

Корупційні

- Надання неправомірної переваги одним учасникам перед іншими.
- Порушення принципу максимальної економії під час проведення процедур закупівель.

Рекомендації

Внести зміни до Закону України «Про публічні закупівлі» щодо обов'язку замовника обґрунтовувати необхідність включення нецінових критеріїв оцінки тендерних пропозицій та/або визначити конкретні випадки можливості їх застосування.

¹⁹ <https://yur-gazeta.com/dumka-eksperta/zakupivelnij-faq-necinovi-kriteriyi-ocinki-tendernih-propozicij-shcho-zminilos.html>

²⁰ <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88810430>

Ризик 11. Застосування «штучних перепон» у закупівлях для надання переваги необхідному учаснику

Опис ризику

Відповідно до п. 43 Особливостей, якщо замовником під час розгляду тендерної пропозиції учасника процедури закупівлі виявлено невідповідності в інформації та/або документах, що подані учасником процедури закупівлі у тендерній пропозиції та/або подання яких передбачалося 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.

Згідно з ч. 9 ст. 26 Закону про закупівлі 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.**

Замовник розглядає подані тендерні пропозиції з урахуванням виправлення або невиправлення учасниками виявлених невідповідностей.

Законодавством не врегульовано, у який час доби / день можливе розміщення замовником такого повідомлення.

Разом з тим замовники можуть використовувати вищезазначену норму ст. 26 Закону про закупівлі на користь окремих суб'єктів господарювання, неправомірно надаючи чи не надаючи можливості виправити невідповідності / недоліки протягом 24 годин, зокрема маючи намір отримання неправомірної вигоди.

Так, у п. 44 Особливостей передбачено, що **замовник відхиляє тендерну пропозицію** із зазначенням аргументації в електронній системі закупівель, зокрема, коли учасник процедури закупівлі не виправив виявлені замовником після розкриття тендерних пропозицій невідповідності в інформації та/або документах, що подані ним у складі своєї тендерної пропозиції, та/або змінив предмет закупівлі (його найменування, марку, модель тощо) під час виправлення виявлених замовником невідповідностей, **протягом 24 годин** з моменту розміщення замовником в електронній системі закупівель повідомлення з вимогою про усунення таких невідповідностей.

Однак замовник може умисно розмістити повідомлення в електронній системі з вимогою усунути певні невідповідності тендерної пропозиції у вихідний день (наприклад, в суботу), тим самим зменшуючи або нівелюючи можливість учасників виправити неточності та/або додати окремі документи тощо.

У той же час довірений / наблизений до замовника учасник буде поінформований про необхідність внесення змін до тендерної пропозиції чи надання додаткових документів і в результаті ймовірних корупційних домовленостей – визначений переможцем процедури закупівлі.

Таким чином, не завжди маючи змогу, особливо у вихідний день, побачити повідомлення замовника про необхідність усунення невідповідностей та виправити помилку, найбільш економічно вигідні пропозиції учасників через 24 години будуть відхилені на користь можливих корупційних домовленостей зацікавлених сторін.

Ці умови не тільки порушують такі принципи закупівель, як відкритість та прозорість на всіх стадіях закупівель, добросовісна конкуренція серед учасників, а й зменшують дію принципу максимальної економії та ефективності використання бюджетних коштів, оскільки з переможцем можуть укласти договір за вищими цінами, ніж пропонували «штучно» усунуті учасники закупівлі.

Згідно з даними²¹, наданими ДП «Прозорро» для Київської школи економіки, у період 19.10.2022 – 16.05.2023 24% пропозицій учасників серед усіх закупівель були спрямовані на виправлення невідповідностей, а 30,17% замовників стикалися з проблемою, коли учасник у своїй пропозиції майже не завантажував документів, очікуючи, що зможе надати їх, коли буде надано 24 години на виправлення невідповідностей.

Також в Особливостях не визначено механізму встановлення «невідповідності в інформації та/або документах», що може по-різному трактуватися учасниками закупівлі та використовуватися замовником як інструмент корупційних зловживань і маніпуляцій.

Під невідповідністю в інформації та/або документах, що подані учасником процедури закупівлі у складі тендерної пропозиції та/або подання яких вимагається тендерною документацією, розуміється, у тому числі, відсутність у складі тендерної пропозиції інформації та/або документів, подання яких передбачається тендерною документацією (крім випадків відсутності забезпечення тендерної пропозиції, якщо таке забезпечення вимагалось замовником, та/або відсутності інформації (та/або документів) про технічні та якісні характеристики предмета закупівлі, що пропонується учасником процедури в його тендерній пропозиції).

²¹ <https://kse.ua/wp-content/uploads/2023/06/Legislative-ideas-for-Event-02.06.2023.pdf>

Невідповідністю в інформації та/або документах, які надаються учасником процедури закупівлі на виконання вимог технічної специфікації до предмета закупівлі, вважаються помилки, виправлення яких не призводить до зміни предмета закупівлі, запропонованого учасником процедури закупівлі у складі його тендерної пропозиції, найменування товару, марки, моделі тощо.

Визначення того, що саме є невідповідністю та чи змінюють ці невідповідності предмет закупівлі, запропонований учасником процедури закупівлі у складі його тендерної пропозиції, належить до кола відповідальності виключно замовників.

Для мінімізації підстав учасників закупівлі у подальшому оскаржити рішення замовника до АМКУ та з метою унеможливлення використання корупційних практик має бути встановлено чіткий алгоритм і визначення того, що саме є невідповідностями, для усунення різного трактування цього поняття.

Підвищує рівень корупційних зловживань замовників закупівель відсутність будь-яких роз'яснень та практики АМКУ щодо критеріїв та підходів до визначення невідповідності інформації та/або документів умовам тендерної документації.

Кейс

Рішенням Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель від 17.11.2022 № 6781-р/пк-пз²² зобов'язано одне з комунальних підприємств (замовник) скасувати рішення про відхилення тендерної пропозиції одного з ТОВ та рішення про визначення ФОП ОСОБА 1 переможцем процедури закупівлі за № UA-2022-10-21-010656-a²³, зокрема, через невиявлення «невідповідностей в тендерній пропозиції, що не відповідає технічному завданню та є суттєвою при визначенні результатів процедури закупівлі», при цьому не надавши ТОВ можливості виправити невідповідності в документах.

²² <https://infobox.prozorro.org/upload/files/main/1893/575/rishennya-vid-17112022-6781.pdf>

²³ <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2022-10-21-010656-a>

Рекомендації

Внести зміни до постанови Кабінету Міністрів України від 12.10.2022 № 1178 «Про затвердження особливостей здійснення публічних закупівель товарів, робіт і послуг для замовників, передбачених Законом України «Про публічні закупівлі», на період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування» в частині:

- встановлення можливості виправлення невідповідностей, в тому числі технічних, протягом 24 годин, без урахування вихідних днів, для збереження найбільш економічно вигідних пропозицій;
- чіткого визначення терміна «невідповідність в інформації та/або документах» щодо тендерної документації учасників.



Національне агентство з питань
запобігання корупції
м. Київ, бульвар Миколи Міхновського, 28