

УДК 342.9

ПОВИДИШ В.В.

ДЕЯКІ ПИТАННЯ РОЗГЛЯДУ СУДАМИ СПРАВ ПРО ПУБЛІЧНІ ЗАКУПІВЛІ

Автором досліджено питання розгляду судом справ про публічні закупівлі, серед яких особливу увагу було приділено порядку розгляду скарги органом оскарження – Антимонопольним комітетом України, аналізу існуючої судової практики оскарження процедури закупівлі. Це дало змогу запропонувати шляхи вдосконалення проведення публічних закупівель відповідно до міжнародних стандартів.

Ключові слова: суди, справи, публічні закупівлі, розгляд скарг, Антимонопольний комітет України, судова практика.

Автором исследованы вопросы рассмотрения судом дел о публичных закупках, среди которых особое внимание было уделено порядку рассмотрения жалобы органом обжалования – Антимонопольным комитетом Украины, анализу существующей судебной практики обжалования процедуры закупки. Это позволило предложить пути усовершенствования проведения публичных закупок в соответствии с международными стандартами.

Ключевые слова: суды, дела, публичные закупки, рассмотрение жалоб, Антимонопольный комитет Украины, судебная практика.

The author examines the issues of consideration by the court of public procurement cases, among which special attention was paid to the procedure for reviewing the complaint by the appeal body – the Antimonopoly Committee of Ukraine; analyze the existing judicial practice of appealing the procurement procedure. This made it possible to propose ways to improve of public procurement in accordance with international standards.

Key words: courts, cases, public procurement, complaints processing, Antimonopoly Committee of Ukraine, judicial practice.

Постановка завдання. За нинішнього стану законодавства України складним і дискусійним є питання судової практики у справах укладання та виконання договорів про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти, зокрема питання визначення юридичної природи таких договорів, суб'єктного складу, дійсності договорів, укладених державними замовниками поза обсягом наданих на їх вчинення повноважень, тощо.

До вчених, які присвятили свої праці визначенню окремих аспектів юридичної природи договорів, укладених у межах виконання державного замовлення, належать О. Дзера, В. Кісель, В. Луць, О. Подцерковний, В. Щербина та ін. Однак актуальним є подальше проведення досліджень у цій сфері, що зумовлено постійною динамікою законодавства, яке регулює процес державної закупівлі, а також традиційно активною судовою практикою, що супроводжує цей процес.

Метою цього дослідження є визначення особливостей розгляду справ про закупівлю товарів, робіт і послуг за державні кошти в умовах нинішнього впровадження законодавства «Про публічні закупівлі» та внесення пропозицій щодо вдосконалення деяких положень законодавства із цього питання.

Результати дослідження. Обсяги публічних закупівель, що здійснюються через електронну систему, невпинно зростають, і для учасників таких процедур все більш актуальним стає питання оскарження результатів тендерів.

Процедури оскарження публічних закупівель визначені Законом «Про публічні закупівлі» [6], який набув чинності 19 лютого 2016 р. і був введений у дію з 01 серпня 2016 р. для

всіх замовників, а також Господарським процесуальним кодексом України та Кодексом адміністративного судочинства України. Органом оскарження у процесі публічних закупівель є Антимонопольний комітет України (АМКУ). Він утворює Постійно діючу адміністративну колегію з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі – Колегія АМКУ) з метою неупередженого та ефективного захисту прав та законних інтересів осіб, пов'язаних із участю у процедурах закупівлі. Рішення цієї колегії приймаються від імені АМКУ.

Очевидним важливим плюсом нового закону стало скорочення строку розгляду скарги органом оскарження – АМКУ – з 30 до 15 робочих днів, можливість участі замовника та суб'єкта оскарження у розгляді справи в онлайн-режимі, а також зміна точки відліку подальшого строку оскарження рішення АМКУ в суді – 30 днів із дня його оприлюднення в електронній системі. За старим законом, 30 днів відраховувалися від дня, коли особа дізналася про прийняття рішення, що часто ставило в нерівні умови тих осіб, які не були безпосередніми учасниками процедури оскарження в АМКУ, але яких стосувалися прийняті АМКУ рішення.

Наприклад, коли АМКУ скасовував результати торгів, переможець дізнавався про це лише з сайту АМКУ, на якому публікувалася резолютивна частина рішення. Повний текст міг з'явитися лише за тиждень, що суттєво обмежувало строк оскарження. Новий закон передбачає чітку вихідну точку – день оприлюднення рішення в електронній системі закупівель; йдеться про публікацію повного рішення, що створює однакові можливості для підготовки позовної заяви для всіх зацікавлених сторін. У новому законі залишилися певні недоліки, наприклад, перебіг строків на укладення договору зупиняється на час розгляду скарги в АМКУ, проте не зупиняється на час оскарження рішення АМКУ в суді, що фактично означає ризики недійсності такого договору, якщо він укладений після судового оскарження, через порушення строку на його укладення, який до того ж було зменшено до 20 днів із дня прийняття рішення про намір укласти договір про закупівлю. Певна плутанина виникає щодо прийняття органом оскарження рішення про припинення розгляду скарги ще до того, як він її прийняв до розгляду. Як і в попередньому законі, залишилися неврегульованими права учасників процедури оскарження.

Можливість оскарження рішень Колегії АМКУ в судовому порядку передбачена новим Законом України «Про публічні закупівлі», однак аналіз практики свідчить про те, що суб'єкти оскарження користуються такою можливістю рідко.

За інформацією Колегії АМКУ, 14 серпня 2017 р. розглянуто 53 пункти порядку денного, в якому прийнято 49 рішень, із них: прийнято до розгляду – 19 скарг; залишено без розгляду – 10 скарг; відмовлено у задоволенні – 7 скарг; задоволено частково/повністю (встановлено порушення) – 12 скарг; припинено розгляд – 1 скарги; перенесено розгляд – 4 скарг (для отримання додаткової інформації) [1].

За результатами розгляду Колегією АМКУ скарг учасників публічних закупівель, АМКУ у звіті за 2017 р. визначив основні порушення, допущені замовниками процедур публічних закупівель:

- встановлення у тендерній документації вимог, які може задовольнити лише один конкретний учасник (виробник або постачальник), тобто тендерна документація прописана під одного виробника/постачальника;
- невідповідність допущених до аукціону та визнаних найбільш економічно вигідними тендерних пропозицій умовам тендерної документації;
- дискримінаційний підхід до розгляду та оцінки тендерних пропозицій учасників процедур закупівель (пропозиції одних учасників відхиляються як такі, що не відповідають умовам тендерної документації, а інших, які також не відповідають умовам тендерної документації, допускаються до аукціону та визнаються переможцями торгів).

За даними АМКУ, засідань колегій із публічних і державних закупівель у 2016 р. проведено на 26% більше, ніж у 2015 р. Скарг щодо процедур проведення публічних і державних закупівель подано на 129%, а рішень прийнято на 92% більше, ніж роком раніше.

Варто зазначити, що повноваження Колегії АМКУ діють лише у рамках розгляду конкретної скарги та не розповсюджуються на загальний перебіг тендеру. АМКУ не має повноважень визначати переможця тендера – такі повноваження має виключно замовник закупівлі. АМКУ в рамках процедури оскарження має право зобов'язати замовника внести зміни до тендерної документації; скасувати рішення про визначення переможця; частково або повністю скасувати рішення, прийняті в процесі закупівлі; усунути порушення, допущені замовником у процесі здійснення закупівлі, або відмінити закупівлю, якщо неможливо усунути порушення, тощо. Колегія АМКУ діє у межах матеріалів та інформації за скаргою щодо конкретної процедури закупівлі і не є

контролюючим органом щодо публічних закупівель в цілому та не здійснює загальний нагляд за процедурами закупівель.

Що стосується самої процедури оскарження, то скарга до АМКУ подається суб'єктом оскарження у формі електронного документа через електронну систему закупівель. Після розміщення така скарга автоматично вноситься до реєстру скарг. У разі прийняття скарги до розгляду електронна система закупівель автоматично призупиняє початок електронного аукціону та не оприлюднює договір про закупівлю і звіт про результати проведення її процедури. У будь-якому разі укладення договору про закупівлю під час оскарження забороняється.

Відразу після внесення до реєстру скарга із супровідними документами та її реєстраційна картка автоматично надсилаються АМКУ та замовнику. Строк розгляду скарги органом оскарження становить 15 робочих днів із дати початку розгляду. Рішення останнього набирає чинності з дня його прийняття та є обов'язковим для виконання замовниками та особами, яких воно стосується, і може бути оскаржене суб'єктом оскарження, замовником у судовому порядку протягом 30 днів із дня оприлюднення в електронній системі закупівель.

Наразі існує досить неоднозначна та суперечлива практика щодо підсудності справ про оскарження результатів публічних закупівель. Справи цієї категорії розглядаються як адміністративними, так і господарськими судами залежно від складу сторін, предмету позову і, власне, предмету оскарження. Скаржники нерідко намагаються перевести розгляд скарг у систему господарських судів із метою отримання заходів забезпечення позову. Скарги щодо вже укладених договорів про закупівлі розглядаються відразу в судовому порядку без звернення до АМКУ.

За офіційними даними АМКУ, у певній частині скарг скаржники, не погоджуючись із рішеннями Комітету, оскаржують їх у судових органах (кількість таких скарг не перевищує 5% від загальної кількості рішень). Аналіз судової практики оскарження процедур закупівель свідчить, що:

- 1) загальна кількість судових справ із оскарження процедур закупівель є відносно невеликою;
- 2) найчастіше замовники та учасники-переможці оскаржують рішення АМКУ про скасування результатів закупівлі;
- 3) суди часто відмовляють у задоволенні позовів із суто процесуальних підстав, не торкаючись суті спору (пропущені строки, позов поданий не до того суду тощо).

У разі звернення до суду з позовом про оскарження процедури закупівлі необхідно пам'ятати про таке:

- 1) строки на оскарження процедур закупівлі, передбачені законом, не підлягають поновленню;
- 2) якщо законом встановлено попереднє оскарження результатів закупівель до АМКУ, не варто ігнорувати цю стадію і звертатися відразу до суду;
- 3) вірогідність того, що суд зупинить процедуру закупівлі у зв'язку із поданням позову, незначна;
- 4) до розгляду справи у суді можуть залучатися експерти;
- 5) скаржнику у підготовці позову необхідно враховувати правила, встановлені процесуальним законодавством [2].

Розглянемо практику розгляду справи про визнання недійсним рішення комітету з конкурсних торгів та договору про закупівлю. Прокурор має право звернутися до суду в інтересах держави навіть у разі відсутності органу, уповноваженого здійснювати функції держави у спірних правовідносинах, або відсутності у такого органу повноважень щодо звернення до господарського суду. Порушення інтересів держави прокурор вбачає у тому, що замовником під час проведення закупівлі товарів за бюджетні кошти були порушені вимоги чинного законодавства, принципи максимальної ефективності та економії, що призвело до протиправного та надмірного витрачання коштів місцевого бюджету, унеможливило їх раціональне та ефективне використання, однак Міністерством економічного розвитку і торгівлі України (як органом, уповноваженим державою здійснювати повноваження у спірних правовідносинах) до цього часу не вжито заходів до оскарження результатів таких дій у судовому порядку. Вбачається порушення процедури закупівлі: переможець тендеру зареєстрований як фізична особа-підприємець вже після укладення договорів оренди транспортного засобу та приміщення, що виступають підтвердженням його кваліфікаційної відповідності. Це унеможливило укладання ним вказаних договорів як фізичною особою-підприємцем і для здійснення ним господарської діяльності. Також відсутні акти приймання-передачі приміщення та автомобіля переможцю тендеру, тобто відсутні докази того, що вони перебували

в його користуванні. Інформації про наявність працівників відповідної кваліфікації фізичною особою-підприємцем під час подання тендерної пропозиції надано не було. Отже, правова позиція суду:

1. Оскільки судом встановлений факт порушення замовником торгів вимог Закону України «Про публічні закупівлі» щодо оцінки конкурсних пропозицій учасників, наявні підстави для визнання судом недійсним рішення комітету з конкурсних торгів щодо оцінки конкурсних пропозицій учасників, оформленого протоколом.

2. Договір купівлі-продажу суперечить вимогам Закону України «Про публічні закупівлі», оскільки укладений за результатами торгів, проведених із порушенням встановленою цим Законом процедури, а також суперечить інтересам держави і суспільства, оскільки його укладення фактично призвело до втрати бюджетних коштів у значному розмірі. Відтак він підлягає визнанню недійсним.

3. Договір підлягає визнанню недійсним із моменту його укладання саме з підстав порушення вимог Закону України «Про публічні закупівлі» про проведення процедури державної закупівлі товарів, за наслідками якої він був укладений, у зв'язку з чим досягнення згоди між сторонами цього договору щодо його розірвання (шляхом укладення додаткової угоди від 09 лютого 2017 р.) не має суттєвого значення, оскільки договір купівлі-продажу визнаний судом недійсним з 12 січня 2017 р. (а не розірваним із 09 лютого 2017 р.) та з цього часу не створює жодних правових наслідків для сторін.

Далі наведемо позицію суду у справі про визнання недійсними результатів відкритих торгів. Так, чинним законодавством України не передбачено обмежень щодо встановлення замовниками строків поставки товарів під час їх закупівлі. Тому умова щодо постачання товару протягом 3 (трьох) робочих днів із моменту одержання письмової заявки або заявки в іншій формі не є дискримінаційною та не обмежує коло учасників закупівлі.

Вимоги про визнання недійсними договорів, укладених із переможцями торгів, є необґрунтованими, якщо судом відмовлено у визнанні недійсними результатів торгів на закупівлю, а вимоги в частині визнання недійсними вказаних договорів є похідними. Згідно з п. 2 роз'яснення президії Вищого арбітражного суду України від 26 січня 2000 р. № 02-5/35 «Про деякі питання практики вирішення спорів, пов'язаних із визнанням недійсними актів державних чи інших органів», підставами для визнання акта недійсним є невідповідність його вимогам чинного законодавства та/або визначеній законом компетенції органу, який видав цей акт. Обов'язковою умовою визнання акта недійсним є також порушення, у зв'язку з прийняттям відповідного акта, прав та охоронюваних законом інтересів підприємства чи організації; пункт документації конкурсних торгів, у якому зазначено: «Цим підписом ___ безумовно і беззастережно засвідчую свою згоду з усіма положеннями Документації (у т. ч. щодо відповідності їх чинному законодавству та безумовно погоджуюся на виконання всіх вимог, передбачених Документацією)», не є порушенням прав учасника закупівлі.

Предметом позовних вимог є:

1) вимоги про визнання недійсним рішення замовника, оформлене протоколом № 14 від 05 лютого 2016 р. засідання комітету з конкурсних торгів щодо перевірки відповідності пропозицій конкурсних торгів, поданих на I етап попередньої кваліфікації із закупівлі продукції рибної, свіжої, охолодженої чи замороженої, умовам кваліфікаційної документації;

2) про зобов'язання замовника прийняти рішення про відповідність кваліфікаційної пропозиції позивача на I етапі попередньої кваліфікації із закупівлі продукції рибної, свіжої, охолодженої чи замороженої умовам кваліфікаційної документації та запросити позивача до II етапу торгів із закупівлі продукції рибної, свіжої, охолодженої чи замороженої. Заходи забезпечення позову передбачають встановлення заборони відповідачу (замовнику) вчиняти дії, пов'язані з:

а) проведенням процедури розкриття пропозицій конкурсних торгів щодо закупівлі;

б) проведенням оцінки пропозицій та визначенням переможця конкурсних торгів щодо закупівлі;

в) здійсненям акцепту пропозиції конкурсних торгів щодо закупівлі;

г) здійсненям укладення договору про закупівлю з учасником, пропозицію конкурсних торгів якого було акцептовано щодо закупівлі.

Враховуючи предмет позову та процедуру проведення торгів, місцевий господарський суд зробив висновки, що заходи до забезпечення позову в частині заборони відповідачеві вчиняти дії, пов'язані з проведенням процедури розкриття пропозицій конкурсних торгів щодо закупівлі та проведенням оцінки пропозицій та визначенням переможця конкурсних торгів щодо закупівлі,

є співвідносними із заявленими позивачем вимогами, а спосіб забезпечення не суперечить приписам ст. 67 Господарського процесуального кодексу України.

Зазначені вище недоліки у складанні протоколів про адміністративні правопорушення та оформленні матеріалів справи, допущені уповноваженими особами, вказують на численні випадки недотримання процесуальних норм щодо підстав, за яких провадження у справі про адміністративне правопорушення не може бути порушене, а порушене підлягає закриттю. Зокрема, у складанні протоколів не завжди зверталася увага на час вчинення правопорушення і положення п. 7 ст. 247 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – КУпАП). У більшості перевірених справ виявлено недотримання вимог КУпАП щодо повноти і конкретності опису події правопорушення та правильності формулювання обвинувачення за спеціальними нормами, які були порушені особою. Під час вирішення питань, пов'язаних зі складанням протоколу про адміністративне правопорушення, уповноважені на це особи не завжди вдавалися в оцінку дій суб'єкта на предмет наявності у нього вини щодо вчинення правопорушення. Така поверховість призводила до закриття судом провадження у справі за відсутністю складу правопорушення, передбаченого ст. 164-14 КУпАП.

Як зазначено вище, більшість перевірених протоколів не містять конкретного формулювання обвинувачення, що фактично порушує право особи на захист, а під час розгляду справи судом ускладнює з'ясування обставин щодо наявності у діяч суб'єкта складу правопорушення.

Не завжди уповноважені на складання протоколів особи дотримуються вимог закону щодо необхідності роз'яснення особам, що притягаються до адміністративної відповідальності, процесуальних прав та вручення їм копії складеного протоколу.

Місцеві суди у розгляді справ про адміністративні правопорушення також допускають порушення як процесуальних норм, так і матеріального права. Зокрема, не завжди особи, які притягаються до відповідальності, повідомляються про час і місце слухання справи. Іноді розгляд справ проводиться без участі таких осіб за відсутності підтвердження про належне їх сповіщення про час і місце розгляду справи.

Суди не завжди з'ясовують всі обставини, необхідні для повного і об'єктивного вирішення справи. Велика кількість справ була розглянута з порушеннями, оскільки протоколи про адміністративні правопорушення були складені за межами строків, передбачених ст. 38 КУпАП, тобто провадження у таких справах було розпочато незаконно і мало б закриватися судами відразу, без входження у розгляд по суті обвинувачення [7].

Незважаючи на складність і об'ємність об'єктивної сторони правопорушень даної категорії, з огляду на заперечення суб'єктом своєї вини, судді не завжди вдаються у детальність оцінки кожної дії і кожного порушення спеціальних норм, які регулюють державні закупівлі, обмежуючись у постановках загальною фразою про доведеність чи недоведеність вини особи, що притягається до адміністративної відповідальності. Докази не оцінюються на предмет достовірності, допустимості і достатності, а доводи сторони захисту не спростовуються або ж приймаються без належної мотивації.

Суди не завжди виконують вимоги закону про необхідність направлення особам, які притягалися до адміністративної відповідальності, копії постанов суду.

Насамкінець слід вказати, що виявлені недоліки у справах про адміністративні правопорушення, передбачені ст. 164-14 КпАП, вказують на випадки порушень законодавства, що є неприпустимим як у складанні протоколів про адміністративні правопорушення, так і у відправленні правосуддя [3].

Це, зокрема, пояснюється особливістю відповідних справ, для розгляду яких необхідні специфічні знання у сфері державних закупівель. Тому значна частина справ про державні закупівлі розглядається саме АМКУ як органом зі спеціальним статусом, безпосередньою метою якого є захист конкуренції, зокрема у сфері державних закупівель. Той факт, що суди залишають у силі рішення Колегії АМКУ, таким чином погоджуючись із її баченням, також свідчить про те, що механізм оскарження державних закупівель є дієвим інструментом захисту інтересів осіб, які вважають, що їхні права порушені внаслідок проведення процедури закупівлі, а також про те, що в АМКУ побудовано структуру, яка успішно вирішує завдання, покладені на неї чинним законодавством.

Зазначені статті Бюджетного кодексу містять положення про те, що захищеними видатками Державного бюджету України визначаються видатки загального фонду на: оплату праці працівників бюджетних установ; нарахування на заробітну плату; придбання медикаментів та перев'язувальних матеріалів; забезпечення продуктами харчування; оплату комунальних послуг

та енергоносіїв; обслуговування державного боргу; поточні трансферти населенню; поточні трансферти місцевим бюджетам; підготовку кадрів вищими навчальними закладами I – IV рівнів акредитації; забезпечення інвалідів технічними та іншими засобами реабілітації; фундаментальні дослідження, прикладні наукові та науково-технічні розробки [4].

Висновки. Отже, вважаємо за доречне внести зміни до ч. 7-9 ст. 18 Закону України «Про публічні закупівлі», у частині, де зазначено, що «у разі прийняття скарги до розгляду електронна система закупівель автоматично призупиняє початок електронного аукціону та не оприлюднює договір про закупівлю і звіт про результати проведення процедури закупівлі...» та викласти її у редакції із вказівкою про недопущення призупинення початку електронного аукціону у разі процедури оскарження за умови обґрунтування замовником необхідності негайного здійснення закупівлі (для здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для гарантованого забезпечення потреб оборони та ін. важливих сфер).

Також потребують змін положення КУпАП у частині розгляду справ про публічні закупівлі, Кодекс адміністративного судочинства, зокрема п. 11 ст. 19, та Закон України «Про Антимонопольний комітет України». Ст. 7 зазначеного Закону закріплює повноваження Антимонопольного комітету України у сфері здійснення публічних закупівель. Відповідно до п. 3, АМКУ має право розглядати справи про адміністративні правопорушення, приймати постанови та перевіряти їх законність та обґрунтованість; перевіряти суб'єкти господарювання, об'єднання, органи влади, органи місцевого самоврядування, органи адміністративно-господарського управління, контролювати дотримання ними вимог законодавства про захист економічної конкуренції, а також, під час проведення розслідувань за заявами і справами про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, у розгляді заяв і справ про порушення законодавства про захист економічної конкуренції, проведенні перевірки та в інших передбачених законом випадках, вимагати від учасників інформацію, в т. ч. з обмеженим доступом.

Оскільки АМКУ не є контролюючим органом та не уповноважений перевіряти всю процедуру проведення публічних закупівель на відповідність її вимогам законодавства, а лише розглядає справи про порушення в межах скарг, які до нього надходять, реалізація зазначених пропозицій надасть змогу забезпечити ефективність, прозорість та стабільність проведення публічних закупівель відповідно до міжнародних стандартів й забезпечить приведення законодавства України до вимог ЄС.

Список використаних джерел:

1. Офіційний веб-сайт АМКУ. URL: <http://www.amc.gov.ua/amku/control/main/uk/publish/article/136841>.
2. Практичні аспекти оскарження публічних закупівель в Україні. URL: <http://yur-gazeta.com/publications/practice/inshe/praktichni-aspekti-oskarzhennya-publichnih-zakupivel-v-ukrayini.html>
3. Апеляційний суд Кіровоградської області. URL: <https://kra.court.gov.ua/sud1190/150/1513>.
4. Бюджетний кодекс України. Відомості Верховної Ради України. 2010. № 50-51, ст. 572. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/2456-17>.
5. Проект ЄС «Гармонізація системи державних закупівель України зі стандартами ЄС». URL: chromeextension://ilhapdfjlmhfdgdbefpinebijmhjijpn/http://eupublicprocurement.org.ua/wp-content/uploads/2016/08/Reporton-SME-access-toPublicProcurement_UKR.pdf
6. Про публічні закупівлі: Закон № 922-VIII від 25 грудня 2015 р. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/922-19>
7. Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07 грудня 1984 р. № 8073-X. URL: zakon5.rada.gov.ua/laws/show/80732-10.
8. Інформаційний дайджест Антимонопольного комітету України URL: <http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document;jsessionid=758C470A3C08DEF513674D289F979E99.app1?id=137657&schema=main>.
9. Prozorro публічні закупівлі. URL: <https://prozorro.gov.ua/business>.