



Support to the public
procurement reform in
Ukraine



This Project is funded
by the European Union

EUROSUPPORT E

In association with



**SUPPORT TO THE PUBLIC PROCUREMENT REFORM IN UKRAINE/
ПІДТРИМКА РЕФОРМИ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ В УКРАЇНІ
(Contract No. EuropeAid/140597/DH/SER/)**

ОГЛЯД СУДОВОЇ ПРАКТИКИ: НА ОСНОВІ РОЗГЛЯДУ СПРАВ ЩОДО ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ

Узагальнено Олександром Шатковським,
Сергієм Яременко та Андрієм Кондратовим

Грудень 2022 року

АБРЕВІАТУРИ

Верховний суд України	Верховний суд
КМУ	Кабінет Міністрів України
АМКУ	Антимонопольний комітет України
Мінекономіки/Уповноважений орган	Міністерство економіки України
ДАСУ/Держаудитслужба	Державна аудиторська служба України
ДКСУ	Державна казначейська служба України
ДП «Прозорро»	Державне підприємство «Прозорро»
ЕСЗ/ПРОЗОРРО	Електронна система закупівель ПРОЗОРРО
ЕЦП	Електронний цифровий підпис
ЄЗС	Єдиний закупівельний словник
ЄС	Європейський Союз
Закон про публічні закупівлі/Закон	Закон України «Про публічні закупівлі» від 25 грудня 2015 року № 922-VIII (у редакції Закону від 19.09.2019 № 114-IX із змінами та доповненнями)
ККУ	Кримінальний кодекс України
КУпАП	Кодекс України про адміністративні правопорушення
ЦКУ	Цивільний кодекс України
ГКУ	Господарський кодекс України

ЗМІСТ

	Сторінка
Вступ	4
Розділ I. Юрисдикційні та процесуальні особливості судових справ щодо закупівель:	6
-- методологія;	6
-- юрисдикція справ у сфері публічних закупівель;	6
-- оскарження рішень АМКУ як органу з розгляду скарг у сфері публічних закупівель;	7
-- особливості справ, що стосуються Держаудитслужби як органу контролю у сфері закупівель;	11
-- участь прокурора у справах з питань публічних закупівель;	15
-- коментар щодо судової практики у кримінальних справах, які стосуються публічних закупівель.	17
Розділ II. Огляд судової практики у розрізі найбільш популярних питань правозастосування законодавства про закупівлі (у розрізі статей 1-3, 16-17, 22-23, 25-27, 29, 31-32, 40-41 Закону «Про публічні закупівлі»)	18
Додаток 1 Зведена таблиця «Найпоширеніші (вибрані) спірні питання інтерпретації законодавства про публічні закупівлі, які були розглянуті судами»	59

Проект ЄС “ПІДТРИМКА РЕФОРМИ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ В УКРАЇНІ ” (далі – Проект ЄС) розпочав свою роботу в Києві у грудні 2021 року. Загальною метою Проекту є *“сприяння розвитку публічних закупівель і концесій для досягнення кращого співвідношення ціни та якості через наближення законодавства до правил та найкращих практик ЄС, допомагаючи Україні виконувати свої зобов’язання щодо Угоди про Асоціацію з ЄС”*.

У контексті різнопланової роботи Проекту ЄС було прийнято рішення, що Проектом за участі українських фахівців буде проведено огляд накопиченої за останні 5 років судової практики та підготовлені узагальнення з відібраними судовими рішеннями, що деталізують підсумкову судову інтерпретацію **(на рівні рішень Верховного Суду або, як мінімум, апеляційної інстанції)** норм законодавства про публічні закупівлі у контексті його коректного правозастосування.

Даний **Огляд судової практики: на основі розгляду справ щодо публічних закупівель** (далі – Огляд) і є результатом такої комплексної роботи.

Метою цього Огляду є сприяння практичного використання узагальненої судової практики зацікавленими суб’єктами (насамперед, замовники і учасники закупівель, задіяні державні органи регулювання та контролю, громадські організації) в повсякденній роботі для коректного правозастосування законодавства про публічні закупівлі та для підвищення рівня знань у національній системі закупівель. З огляду на це, використовується лаконічний стиль з фокусом на практичність застосування. Крім цієї головної мети Огляд може бути корисною основою та джерелом для навчально-методологічних матеріалів для різних цільових аудиторій.

Відібрані судові рішення охоплюють норми і положення, які є чинними і застосовними станом на вересень 2022 рік. Навіть якщо деякі рішення є датованими у період 2018-2019 років – вони стосуються положень і елементів чинного законодавства, які залишаються чинними і у 2022 році, у тому числі і актуальними у контексті застосування більшості норм постанови КМУ №1178 від 12 жовтня 2022 «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».

Значна частина розглянутих рішень судів прийнята у зв’язку з оскарженнями в судах рішень АМКУ як Органу оскарження та висновків Держаудитслужби як Органу контролю (моніторингу) публічних закупівель.

Даний Огляд є також логічно пов’язаним продовженням попередніх напрацювань Проекту ЄС щодо збільшення правової визначеності і коректного застосування чинного законодавства про публічні закупівлі – зокрема, **Коментарі до законодавства про публічні закупівлі (Червень 2022)** та **Методичні рекомендації щодо особливостей укладення та виконання договорів про публічні закупівлі (Червень 2022)**, які оприлюднені на веб-сайті Мінекономіки та рекомендовані таким чином для

використання в роботі замовниками та учасниками закупівель¹.

При цьому, при підготовці даного Огляду не стояло завдання та не було потреби коментувати всі наявні та дуже чисельні судові рішення – оскільки значна частина норм і відповідних судових рішень є очевидними апіорі, неодноразово висвітленими у офіційних роз'ясненнях Мінекономіки, рішеннях щодо скарг АМКУ як Органу оскарження та певних висновках ДАСУ як органу моніторингу і контролю -- тому не потребують додаткових коментарів.

Натомість, увага Огляду зосереджена на найпоширеніших спірних питаннях інтерпретації законодавства про публічні закупівлі, які були розглянуті судами та щодо яких є остаточні рішення Верховного Суду (і лише в дуже рідких випадках – апеляційної інстанції).

Підготовлений Огляд направлений на надання методологічної допомоги всім учасникам закупівельного процесу, а також розкриття глибшого розуміння і логіки норм, має відсилання до пов'язаного законодавства України та, подекуди, права ЄС. Щодо співставної та подібної судової практики права ЄС – Проектом окремо буде підготовлено відповідний порівняльний звіт та оприлюднено на сайтах партнерів/бенефіціарів Проекту ЄС (насамперед, Мінекономіки та АМКУ).

Також окремо варто висловити подяку колегам, які надавали всебічну інформаційну та експертну допомогу та сприяння при підготовці Огляду – командам Департаменту з питань оскаржень рішень у сфері публічних закупівель Антимонопольного комітету України, Департаментів моніторингу та перевірок закупівель Державної аудиторської служби України, Департаменту

Трансперенсі Інтернешнл Україна.

¹ Лист Мінекономіки № 07/55637-22 від 27.07.2022 (<https://www.me.gov.ua/InfoRez/DocumentsList?lang=uk-UA&id=f2e30594-ba6c-420f-9c24-2a852415a884&tag=InforezKnowledgeDb&pageNumber=2&fCtx=inName&fSort=date&fSdir=desc>)

**ЮРИСДИКЦІЙНІ ТА ПРОЦЕСУАЛЬНІ ОСОБЛИВОСТІ
СУДОВИХ СПРАВ ЩОДО ЗАКУПІВЕЛЬ**

МЕТОДОЛОГІЯ

У даному Огляді аналізу підлягали переважно справи, щодо яких були прийняті правові позиції та рішення Верховного Суду (у якості Касаційного Адміністративного або Касаційного Господарського суду). Проте, у разі, якщо рішення апеляційної інстанції вступили в законну силу, містять важливу позицію для всієї екосистеми закупівель і не оскаржувались до Верховного суду, вони теж включені до Огляду. Зрозуміло, що позиції апеляційних судів теж використані у даному Огляді за справами, за якими рішення Верховного суду не містить окремої позиції, а має своїм наслідком залишення у силі рішення апеляційного суду. Акцент у дослідженні був зроблений саме на застосуванні судами чинної редакції Закону та тих норм попередньої редакції (чинної до 20 квітня 2020 року), які є тотожними щодо їх практичного застосування зараз.

Розширений опис щодо відібраних судових рішень у розрізі послідовності норм Закону наведений у Розділі II цього Огляду, натомість у Додатку 1 до Огляду наведено скорочений опис у табличній формі для зручності користування в залежності від потреб читача і користувача. У Розділі I описано загальні процесуальні особливості ініціювання та розгляду судових справ з публічних закупівель з огляду на предмет справи та задіяні сторони.

Слід зазначити, що за результатами аналізу та селекції більше тисячі судових рішень, не були в підсумку відібрані рішення, які мали один або декілька недоліків у контексті цього Огляду згідно наступних чинників:

- 1) зміст і висновки рішень є неактуальними (застарілими) з огляду на чинне застосовне законодавство;
- 2) рішення не має системного впливу і універсального застосування в системі закупівель;
- 3) рішення за змістом і висновком є очевидне апіорі, підтверджуючи явний сенс відповідних норм;
- 4) судом під час розгляду не було розглянуто по суті зміст та не зроблено висновків по суті правовідносин саме щодо законодавства про публічні закупівлі, оскільки суд зосередився на процедурних і формальних моментах повноважень сторін та коректності їх процесуальних дій;
- 5) повторення вже наявних в Огляді рішень.

ЮРИСДИКЦІЯ СПРАВ У СФЕРІ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ

У більшості випадків судові справи, що стосуються різних аспектів публічних закупівель, розглядаються в залежності від предмета і сторін позову переважно у господарських або адміністративних судах.

ДОВІДКОВО! «Орган виконавчої влади або місцевого самоврядування у відносинах щодо організації та порядку проведення торгів (тендеру) діє як суб'єкт владних повноважень, і спори щодо оскарження рішень чи бездіяльності цих органів до виникнення договірних правовідносин між організатором та переможцем тендеру належать до юрисдикції адміністративних судів.

Проте після укладення договору між організатором конкурсу та його переможцем спір щодо правомірності рішення тендерного комітету підлягає розгляду в порядку цивільного (господарського) судочинства, оскільки фактично зачіпає майнові інтереси переможця торгів».

Пункт 48 Постанови Великої Палати Верховного Суду №918/843/17 від 14.05.2019².

Слід зазначити, що при розгляді цивільних, господарських та адміністративних позовів у сфері публічних закупівель, **загальною процесуальною особливістю є обов'язок доведення позивачем порушення його прав, або охоронюваних законом інтересів, як обов'язкова умова для задоволення позову.**

Зокрема, у постанові Верховного Суду у справі 910/4442/20³, що стосується договору про публічну закупівлю та пов'язаних з ним обставин, підтверджена правова позиція апеляційного суду⁴: «Має бути визначено, чи було порушене цивільне право, за захистом якого позивач звернувся до суду, яке саме право порушене, в чому полягає його порушення, якщо воно мало місце». Аналогічна позиція зафіксована у постанові Верховного Суду у справі № 911/162/19⁵.

Логічним продовженням потреби доводити позивачем порушення його прав є **належний та ефективний (результативний) спосіб захисту порушеного права.** Загальний міжнародний концепт цієї конструкції закріплений у статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод (далі - Конвенція)⁶, якою визнається право людини на доступ до правосуддя, а за статтею 13 Конвенції - на ефективний спосіб захисту прав, і це означає, що особа має право пред'явити в суді таку вимогу на захист цивільного права, яка відповідає змісту порушеного права та характеру правопорушення. Пряма чи опосередкована заборона законом на захист певного цивільного права чи інтересу не може бути виправданою.

У разі порушення (невизнання, оспорювання) суб'єктивного цивільного права чи інтересу у потерпілої особи виникає право на застосування конкретного способу захисту. Цим правом на застосування певного способу захисту і є права, які існують у рамках захисних правовідносин. Тобто спосіб захисту реалізується через суб'єктивне цивільне право, яке виникає та існує в рамках захисних правовідносин (зобов'язань).

Під способами захисту суб'єктивних прав розуміють закріплені законом матеріальноправові заходи охоронного характеру, за допомогою яких проводиться поновлення (визнання) порушених (оспорюваних) прав і вплив на правопорушника (див. пункт 5.5 постанови Великої Палати Верховного Суду від 22 серпня 2018 року у справі № 925/1265/16).

² <https://reyestr.court.gov.ua/Review/81799994>

³ <https://reyestr.court.gov.ua/Review/99647763>

⁴ <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97961344>

⁵ <https://reyestr.court.gov.ua/Review/100424342>

⁶ https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/995_004#Text

При цьому під ефективним засобом (способом) необхідно розуміти такий, що спричиняє потрібні результати, наслідки, тобто матиме найбільший ефект по відновленню відповідних прав, свобод та інтересів настільки, наскільки це можливо.

«Визначаючи зміст статті 5 ЦПК України, необхідно виходити з того, що, у першу чергу, способи захисту, які застосовуються судом, мають відповідати правовій природі цивільних відносин, що існують між сторонами, й лише у другу чергу, серед зазначених способів захисту, що відповідають правовій природі таких відносин, суд вправі обрати той з них, що забезпечує ефективність такого захисту.» (Постанова КЦС ВС від 12 червня 2019 року, справа № 490/10190/16-ц)⁷.

Така магістральна позиція відображена у відповідних кодексах. Зокрема, **частиною першою статті 15 ЦК України** визначено універсальне право кожної особи на захист свого цивільного права у разі його порушення, невизнання або оспорювання. У свою чергу, **стаття 5 ГПК України “Способи судового захисту”** зазначає:

“1. Здійснюючи правосуддя, господарський суд захищає права та інтереси фізичних і юридичних осіб, державні та суспільні інтереси у спосіб, визначений законом або договором.

2. У випадку, якщо закон або договір не визначають ефективного способу захисту порушеного права чи інтересу особи, яка звернулася до суду, суд відповідно до викладеної в позові вимоги такої особи може визначити у своєму рішенні такий спосіб захисту, який не суперечить закону.”

Аналогічні норми зазначені у статті 5 ЦПК України та статті 5 КАС України.

Справи, що підвідомчі господарським судам.

У господарських судах розглядаються справи (позови) щодо оскарження результатів процедур закупівель після укладення договору про закупівлю та щодо власне договору про закупівлю, які ініційовані юридичною особою (замовник або учасник/виконавець у розумінні Закону) та/або фізичною особою-підприємцем (учасник/виконавець у розумінні Закону). Також до суду з позовом щодо таких справ може звернутися орган прокуратури (див. далі у цьому розділі).

Ієрархічно система господарських судів є наступною:

- Перша інстанція – 27 окружних (місцевих) господарських судів тотожно адміністративно-територіальному устрою України, юрисдикція яких охоплює відповідну область, міста Київ і Севастополь.
- Друга (апеляційна) інстанція – 6 міжтериторіальних апеляційних господарських судів.
- Третя (касаційна) інстанція – Касаційний господарський суд Верховного Суду.

Відповідно процес розгляду справ у господарських судах здійснюється згідно Господарського процесуального кодексу України⁸, яким і визначено повноваження господарських судів та порядок здійснення судочинства у господарських судах.

У даному випадку застосовується універсальний строк позовної давності – 3 роки (стаття 257 Цивільного кодексу України).

⁷ <https://reyestr.court.gov.ua/Review/82635959>

⁸ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/main/1798-12#Text>

Згідно статті 261 Цивільного кодексу України, перебіг позовної давності починається від дня, коли особа довідалася або могла довідатися про порушення свого права або про особу, яка його порушила.

Перебіг позовної давності за вимогами про застосування наслідків нікчемного правочину (зокрема, щодо укладеного договору про закупівлю) починається від дня, коли почалося його виконання.

Натомість, певною особливістю є позиція Верховного Суду щодо **необґрунтованості зупинення дії договору про закупівлю у якості заходу забезпечення судового позову** на період його розгляду судом по суті. Зокрема, така позиція закріплена у постанові **Верховного Суду** від 28 липня 2021 року у справі № 910/3704/21⁹ (а також в подібних постановках від 12.12.2019 у справі № 910/13985/19, від 15.01.2020 у справі № 910/14150/19 та від 16.04.2020 у справі № 910/18680/19).

З цього приводу Верховний Суд вважає, що «Застосування такого заходу забезпечення позову, як зупинення дії державного контракту, що є фактично заборонаю відповідачеві вчиняти будь-які дії на виконання цього контракту, який недійсним не визнаний, свідчить про втручання суду у господарські відносини, зокрема, до блокування господарської діяльності відповідачів, що є недопустимим з огляду на ст. 6 ГК України і, за умови недоведеності наявності порушення прав заявника у зв'язку з укладенням спірного правочину, свідчить про його неспівмірність та порушуватиме збалансованість інтересів сторін справи».

Вказані рішення Верховного Суду стосуються як оскарження державних контрактів у сфері оборони і безпеки (укладених відповідно до Закону «Про оборонні закупівлі» та його попередника Закону «Про державне оборонне замовлення»), так і договорів про закупівлю, укладених відповідно до Закону про публічні закупівлі .

Також під юрисдикцію господарських судів підпадають справи щодо оскарження рішень органів АМКУ стосовно розслідування змов/спотворення результатів торгів/тендерів під час процедур публічних закупівель. У цьому випадку встановлений спеціальний **строк позовної давності – 2 місяці (стаття 60 Закону України «Про захист економічної конкуренції»¹⁰), який є остаточним і не може бути відновлено.**

Актуальний і докладний опис судової практики Верховного Суду щодо застосування законодавства про захист економічної конкуренції та, зокрема, **щодо оскарження рішень органів АМКУ стосовно розслідування змов/спотворення результатів торгів/тендерів під час процедур публічних закупівель** наведений в Інформаційному листі АМКУ від 03.06.2022 року¹¹.

Справи, підвідомчі адміністративним судам.

Найбільший масив справ у юрисдикції адміністративних судів стосується оскарження рішень АМКУ як Органу оскарження публічних закупівель та висновків і результатів контрольних заходів ДАСУ як органу моніторингу і контролю у сфері публічних закупівель.

⁹ <https://revestr.court.gov.ua/Review/98702295>

¹⁰ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2210-14#Text>

¹¹ <https://amcu.gov.ua/npas/oglyad-sudovoyi-praktiki-verhovnogo-sudu-z-pitan-zastosuvannya-zakonodavstva-pro-zahist-ekonomichnoyi-konkurenciyi>

Ієрархічно система адміністративних судів є (подібно до системи господарських судів) наступною:

- перша інстанція – 27 окружних (місцевих) адміністративних судів тотожно адміністративно-територіальному устрою України, юрисдикція яких охоплює відповідну область, міста Київ і Севастополь.
- друга (апеляційна) інстанція – 8 міжтериторіальних апеляційних адміністративних судів.
- третя (касаційна) інстанція – Касаційний адміністративний суд Верховного Суду.

Відповідно судочинство по даній категорії справ здійснюється згідно з Кодексу адміністративного судочинства¹², проте з певними процесуальними особливостями окремо для АМКУ і для ДАСУ, про що зазначено далі. Також статтею 282 цього Кодексу встановлені спеціальні процесуальні особливості (насамперед, скорочені строки позовної давності розгляду справ і апеляційного оскарження провадження у справах щодо гарантованого забезпечення потреб оборони через закупівлі згідно Закону «Про оборонні закупівлі»).

ОСКАРЖЕННЯ РІШЕНЬ АМКУ ЯК ОРГАНУ З РОЗГЛЯДУ СКАРГ У СФЕРІ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ

Насамперед, слід зазначити, що згідно з частиною 23 статті 18 Закону «Рішення органу оскарження може бути оскаржене суб'єктом оскарження, замовником до окружного адміністративного суду, територіальна юрисдикція якого поширюється на місто Київ, протягом 30 днів з дня його оприлюднення в електронній системі закупівель».

До 15 грудня 2022 року таким судом як першої інстанції був Окружний адміністративний суд міста Києва (ОАСК). Апеляційною інстанцією у даному випадку є Шостий апеляційний адміністративний суд, у якому розглядаються апеляційні скарги на рішення ОАСК.

ДОВІДКОВО! Згідно Закону України «Про ліквідацію Окружного адміністративного суду міста Києва та утворення Київського міського окружного адміністративного суду» від 13 грудня 2022 року № 2825-ІХ¹³ до утворення Київського міського окружного адміністративного суду як правонаступника ОАСК відповідні справи, підвідомчі ОАСК, розглядаються Київським окружним адміністративним судом.

Враховуючи ключову роль АМКУ у належному функціонуванні системи публічних закупівель, особливої важливості набуває судова практика, яка стосується не тільки застосування норм Закону щодо проведення процедур закупівель, але й норм, які регулюють межі повноважень Органу оскарження. У цьому контексті слід наголосити, що АМКУ як Орган оскарження є «квазісудовим» органом, тобто органом адміністративного (позасудового) розгляду справ, проте на основі підходів, принципів і процедури, притаманних і подібних судам.

Враховуючи такий «квазісудовий» статус, відповідні адміністративні суди (насамперед, Окружний адміністративний суд міста Києва як перша інстанція та Шостий апеляційний адміністративний суд як друга інстанція) особливо ретельно вивчають дотримання АМКУ при винесенні ним рішень таких (рівнозначних між собою) критеріїв, згідно частини другої статті 2 Кодексу адміністративного судочинства, а саме чи прийняті такі оскаржені рішення:

¹² <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2747-15#Text>

¹³ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2825-IX#Text>

- 1) на підставі, у межах повноважень та у спосіб, що визначені Конституцією та законами України;
- 2) з використанням повноваження з метою, з якою це повноваження надано;
- 3) обґрунтовано, тобто з урахуванням усіх обставин, що мають значення для прийняття рішення (вчинення дії);
- 4) безсторонньо (неупереджено);
- 5) добросовісно;
- 6) розсудливо;
- 7) з дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи всім формам дискримінації;
- 8) пропорційно, зокрема з дотриманням необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи і цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення (дія);
- 9) з урахуванням права особи на участь у процесі прийняття рішення;
- 10) своєчасно, тобто протягом розумного строку.

Виходячи з цього і з точки зору повноважень АМКУ як Органу оскарження, Верховним Судом у кількох справах сформована позиція по 2-м ключовим питанням:

- 1) АМКУ у разі виконання функцій Органу оскарження під час розгляду скарги і винесення рішення за нею самостійно НЕ повинен виявляти інші порушення, аніж заявлені у скарзі.

Зокрема, Верховним Судом у постанові від 07 квітня 2020 року (справа №826/16611/17¹⁴) була висловлена наступна позиція:

«58. Виходячи з аналізу правових норм, що підлягають застосуванню до спірних правовідносин, суди дійшли обґрунтованого висновку про те, що **орган оскарження не наділено повноваженнями виходити за межі скарги та тієї інформації, яку подано скаржником, зокрема, не наділено повноваженнями самостійно виявляти інші порушення.**»

- 2) АМКУ МОЖЕ винести рішення не у відповідності зі змістом вимог, зазначених у скарзі (наприклад, зобов'язати замовника відмінити процедуру закупівлі замість про скасування рішення замовника про відхилення пропозиції).

Зокрема, ця позиція закріплена Верховним Судом у постанові від 14 липня 2022 року у справі №640/2727/20¹⁵.

ОСОБЛИВОСТІ СПРАВ, ЩО СТОСУЮТЬСЯ ДЕРЖАУДИТСЛУЖБИ ЯК ОРГАНУ КОНТРОЛЮ У СФЕРІ ЗАКУПІВЕЛЬ

Оскарження висновків органів державного фінансового контролю (ДАСУ) про результати моніторингу процедури закупівлі.

Подібно випадку судового оскарження рішень АМКУ як Органу оскарження, у частині десятій статті 8 Закону встановлено спеціальний строк позовної давності для оскарження замовником висновку моніторингу процедури закупівлі – протягом 10 робочих днів з дня його оприлюднення, а саме:

«У разі незгоди замовника з інформацією, викладеною у висновку, він має право

¹⁴ <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88654528>

¹⁵ <https://reyestr.court.gov.ua/Review/105248074>

оскаржити висновок до суду протягом 10 робочих днів з дня його оприлюднення, про що зазначається в електронній системі закупівель протягом наступного робочого дня з дня оскарження висновку до суду. Замовник зазначає в електронній системі закупівель про відкриття провадження у справі протягом наступного робочого дня з дня отримання інформації про відкриття такого провадження та номер такого провадження.».

Поряд з цим, на відміну від судового оскарження рішень АМКУ як єдиного національного Органу оскарження на базі центрального апарату АМКУ у Києві, висновки за результатами моніторингу готуються не тільки Центральним апаратом ДАСУ у Києві, а також міжрегіональними офісами і управліннями в областях. З огляду на це, а також на відсутність узагальненої практики судових оскаржень висновків ДАСУ як цінного джерела систематизації роботи щодо моніторингу, наразі кількість випадків судового оскарження висновків за результатами моніторингу є помітно більшою, ніж кількість судових оскаржень рішень АМКУ щодо розгляду скарг у сфері публічних закупівель.

Слід зазначити, що презумпція цієї норми Закону, як і власне ідея та механізм моніторингу в цілому, роблять вкрай малоімовірним судове оскарження висновків моніторингу іншими, ніж відповідний замовник (як об'єкт моніторингу), сторонами.

Хоча є випадки коли учасник, визнаний переможцем процедури закупівлі щодо якої проводився моніторинг, виступає третьою стороною при поданні позову до суду.

Судові позови замовників з даного питання подаються до окружних (місцевих) адміністративних судів як першої інстанції за місцезнаходженням замовника-позивача. Апеляційною інстанцією є відповідний міжтериторіальний апеляційний адміністративний суд.

При цьому, досить важливою правовою позицією, яка зафіксована постановами Верховного Суду від 10 грудня 2019 року у справі № 160/9513/18 та у постанові Верховного Суду від 05.03.2020 року у справі № 640/467/19, є розгляд судами під час судочинства висновків про результати моніторингу процедур закупівлі у якості індивідуально-правових актів, які породжують права та обов'язки та повинні відповідати вимогам, визначеним статтею 2 КАС України. Зокрема такі висновки органів ДАСУ повинні мати обґрунтованість в силу статті 2 КАС України, що є однією з обов'язкових ознак рішення (дії, бездіяльності) ДАСУ як суб'єкта владних повноважень, що підлягає встановленню адміністративним судом. Тобто, Верховний Суд вважає, що недостатньо у висновку про результати моніторингу зазначити про наявність порушення і надавати замовнику загальну вказівку щодо його усунення -- необхідно також вказати конкретні заходи та обов'язковий спосіб усунення порушення, заявленого у висновку органу ДАСУ порушення. Зокрема, у зазначеній постанові Верховного Суду від 05.03.2020 року у справі № 640/467/1¹⁶ судом зазначено таке:

“53.1. Системний аналіз приписів статті 7-1 Закону № 922-VIII, розділу III Порядку № 86, а також установлених обставин справи, дозволяє дійти висновку, що з метою виконання вимоги щодо обґрунтованості спірного Висновку, відповідачу не достатньо вказати у його змісті на факт відповідного правопорушення. Відповідач зобов'язаний навести опис порушення (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель, виявленого(их) за результатами моніторингу закупівлі, із зазначенням:

¹⁶ <https://reyestr.court.gov.ua/Review/88062082>

- структурної одиниці нормативно-правового акта, норми якої порушено, його виду, найменування суб'єкта нормотворення, дати прийняття та його реєстраційного індексу (крім законів), заголовка, а в разі відсилання до зареєстрованого нормативно-правового акта - також дати і номери його державної реєстрації в Міністерстві юстиції України. При зазначенні структурної одиниці закону зазначається тільки її заголовок (крім законів про внесення змін);

- найменування та реквізитів документів, на підставі яких зроблено висновок про наявність порушення (у разі потреби також деталізуються суть та обставини допущення порушення)...

...**57.** Верховний Суд погоджується також з доводами касаційної скарги, що, зазначивши у висновку про необхідність «усунути порушення законодавства в сфері публічних закупівель», відповідач (орган ДАСУ -- примітка) не конкретизував яких саме заходів має взяти позивач, не визначив спосіб усунення виявлених під час моніторингу порушень, що свідчить про його нечіткість та невизначеність.

58. Можливість усунення виявлених порушень прямо залежить від чіткого визначення суб'єктом владних повноважень конкретного заходу (варіанту поведінки), яких слід взяти уповноваженій особі Замовника для усунення порушень.

59. Спонування позивача самостійно визначити на підставі невизначених норм, які саме заходи слід взяти для усунення виявлених порушень, в свою чергу, може призвести до нового можливого порушення позивачем чинного законодавства.

60. Зазначене є порушенням вимог закону в частині змісту висновку як акта індивідуальної дії. Верховний Суд визнає, що зобов'язальний характер вимоги щодо усунення правопорушення свідчить про встановлення цього порушення, так і визначення імперативного обов'язкового способу його усунення."

Оскарження результатів перевірки закупівель або ревізії, проведеної органом державного фінансового контролю (ДАСУ)

Загальний підхід даної категорії справ за позицією Верховного Суду полягає у тому, що низка документів, які складаються органами Держаудитслужби за результатами заходів фінансового контролю, які у тому числі містять висновки про порушення законодавства у сфері публічних закупівель, не можуть бути оскаржені, оскільки безпосередньо не мають імперативного характеру і не породжують обов'язків замовника. Наприклад, звіт про результати державного фінансового аудиту, який на думку судів, містить лише рекомендації. Зокрема, така позиція фігурує у постанові Верховного Суду у справі №817/663/18, де суд наголошує, що предметом оскарження у порядку адміністративного судочинства може бути лише таке рішення, яке породжує безпосередньо права чи обов'язки для позивача.

Справи про адміністративні правопорушення щодо накладення адміністративних штрафів за статтею 164-14 Кодексу України про адміністративні правопорушення

Це, мабуть, сама чисельний сегмент справ щодо діяльності ДАСУ як органу контролю у сфері публічних закупівель. Власне статтею 164-14 Кодексу України про адміністративні правопорушення (КУпАП) встановлено вичерпний перелік порушень законодавства про публічні закупівлі та розміри штрафів за їх вчинення, який докладно прокоментовано у *Коментарях Проекту ЄС до законодавства про публічні закупівлі*, зазначених у вступній частині.

Накладення адміністративного штрафу за статтею 164-14 здійснюється за рішенням місцевого (загального) суду (районного, районного у місті, міського чи міськрайонного суду) за місцем вчинення адміністративного правопорушення.

У свою чергу, згідно ст.38 Кодексу України про адміністративні правопорушення адміністративне стягнення за вчинення правопорушення, передбаченого частинами третьою - шостою статті 164-14 цього Кодексу, може бути накладено протягом шести місяців з дня його виявлення, але не пізніше двох років з дня його вчинення. До правопорушень, передбачених частиною першою статті 164-14 КУпАП (умовно -- «незначні порушення»), застосовується загальна давність -- *не пізніш як через три місяці з дня вчинення правопорушення, а при триваючому правопорушенні - не пізніш як через три місяці з дня його виявлення*.

Щодо апеляційного перегляду рішень місцевих судів як першої інстанції по справах про адміністративні правопорушення за статтею 164-14 Кодексу України, то згідно з ч. 1 статті 287 Кодексу України про адміністративні правопорушення постанову по справі про адміністративне правопорушення може бути оскаржено прокурором у випадках, передбачених частиною п'ятою статті 7 цього Кодексу, особою, щодо якої її винесено, а також потерпілим. Відповідно до вимог ч. 3 статті 294 Кодексу України про адміністративні правопорушення постанову судді у справі про адміністративне правопорушення може бути оскаржена протягом десяти днів з дня винесення постанови особою, яку притягнуто до адміністративної відповідальності, її законним представником, захисником, потерпілим, його представником, а також прокурором у випадках, передбачених частиною п'ятою статті 7 та частиною першою статті 287 цього Кодексу.

Слід підкреслити, що згідно з частиною десятою статті 294 КУпАП постанову апеляційного суду набирає законної сили негайно після її винесення, є остаточною й оскарженню не підлягає.

За результатами проведеного аналізу постанов апеляційних судів щодо справ за статтею 164-14 зроблено наступні висновки:

- Судова практика, що склалась, виходить з того, що Держаудитслужба не фігурує у вказаних та пов'язаних статтях 287 і 294 КУпАП як суб'єкт, що має право на оскарження в апеляційній інстанції постанов по справі про адміністративне правопорушення.
- Відповідно апеляційні скарги на рішення (постанови) місцевих судів як першої інстанції у справах про адміністративні правопорушення за статтею 164-14 КУпАП подаються переважно особами, на яких накладена штраф, або прокуратурою в інтересах органу ДАСУ.
- Суди апеляційної інстанції часто, погоджуючись з визнанням особи винною у вчиненні адміністративного правопорушення, відповідальність за які передбачені статтею 164-14 КУпАП (ч.1 та ч.3), вважають такі порушення малозначними і звільняють осіб від відповідальності (приклади наведені таблиці Додатку 1 до Огляду).
- Доволі часто апеляційні суди закривають провадження на підставі процесуальних норм КУаПП – насамперед, за відсутністю в діях складу адміністративного правопорушення або закінчення строків притягнення до адміністративної відповідальності.
- У період до 1 січня 2022 року, коли ще могли діяти тендерні комітети як колегіальні органи з організації і проведення процедур закупівель -- місцеві і апеляційні суди часто закривали провадження, мотивуючи це відсутністю складу адміністративного правопорушення в діях тієї чи іншої особи, оскільки

матеріалами справ не було доведено та документально не підтверджено суб'єктивної вини даної особи як конкретного члена тендерного комітету у вчиненні порушення Закону. Очевидно, що з січня 2022 року дана практика є вже неактуальною, оскільки тендерні комітети перестали існувати, а суб'єктом адміністративної відповідальності є у більшості випадків Уповноважена особа замовника (у розумінні пункту 35 статті 1 Закону «Про публічні закупівлі») та/або за певними порушеннями посадова особа-керівник замовника.

УЧАСТЬ ПРОКУРОРА У СПРАВАХ З ПИТАНЬ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ

Участь прокурора у судових справах з питань публічних закупівель здійснюється через представництво інтересів держави¹⁷ на підставі та відповідно до статті 23 «Представництво інтересів громадянина або держави в суді» Закону України «Про прокуратуру»¹⁸. Наступна стаття 24 цього ж Закону описує певні процесуальні особливості такого представництва. У контексті справ з тематики публічних закупівель та з проаналізованої судової практики **прокурор переважно представляє інтереси органів державного фінансового контролю (ДАСУ) або органів державної влади, органів місцевого самоврядування чи інших суб'єктів владних повноважень, що фактично охоплює всі категорії замовників** (у розумінні статті 3 Закону) – наприклад, інтереси місцевої ради як засновника певного комунального підприємства-замовника або ЦОВВ як органу управління майном державного підприємства-замовника.

Важливою і обов'язковою передумовою участі прокурора для представництва інтересів держави у суді відповідно до абзаців першого і другого частини четвертої статті 23 Закону «Про прокуратуру» є підтвердження судом наявності підстав про те, що захист інтересів держави не здійснюється або неналежним чином здійснюється відповідним органом державної влади, органом місцевого самоврядування чи іншим суб'єктом владних повноважень, а також у разі відсутності такого органу – у зв'язку з чим, прокурор здійснює представництво інтересів держави. Відповідно у кожному випадку подання позову прокурором для представництва інтересів держави, у тому числі у справах щодо публічних закупівель, суд встановлює обґрунтованість таких підстав для підтвердження правомочності позову прокурора.

Довідково! Зокрема, у постанові Великої Палати Верховного Суду від 15.09.2020 у справі № 469/1044/17 (п.38) зазначено, що за певних обставин прокурор може звертатися до суду в інтересах держави в особі органу місцевого самоврядування, зокрема тоді, коли цей орган є стороною правочину, про недійсність якого стверджує прокурор. Оскільки таку позовну вимогу вправі заявити, зокрема, будь-яка сторона правочину, відповідний орган як така сторона може бути позивачем. У такій ситуації прокурор для представництва інтересів держави в особі компетентного органу як сторони правочину має продемонструвати, що цей орган не здійснює або неналежним чином здійснює захист відповідних інтересів.

¹⁷ « »

¹⁸ <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1697-18#Text>

Іншим важливим та обов'язковим процесуальним елементом відповідно до абзацу третього частини четвертої статті 23 Закону «Про прокуратуру» є обов'язок прокурора повідомити орган, від імені якої він має намір здійснювати представництво інтересів держави, про такий намір, однак строки надання такого повідомлення законом не визначено, тому застосовується концепція «розумного строку» у розумінні частини другої статті 121 Цивільного Процесуального Кодексу¹⁹, де розумність строку базується на його достатності для вчинення відповідної дії. У Постановах Верховного Суду від 23.03.2021 у справі № 917/665/20, від 07.04.2021 у справі № 913/124/20, від 09.06.2021 у справі № 916/1674/18 зроблено наступні висновки щодо «розумності» такого строку:

- суд зобов'язаний дослідити: чи знав або повинен був знати відповідний орган про допущені порушення інтересів держави, чи мав відповідні повноваження для їх захисту, чи існував факт не звернення вказаного органу до суду при наявності для цього підстав;
- така обізнаність має бути підтверджена достатніми доказами, зокрема, але не виключно, повідомленням прокурора на адресу відповідного органу про звернення до суду від його імені;
- *проміжок часу між повідомленням, яке прокурор надіслав органу, та поданням прокурором позову у справі, проміжок не завжди є вирішальним* у питаннях дотримання прокурором приписів ст. 23 Закону "Про прокуратуру"; критерій "розумності" строку має визначатися з урахуванням великого кола чинників і не може бути оцінений виключно темпорально (за ознакою часу).

У контексті представництва інтересів держави у справах, пов'язаних з бездіяльністю органів контролю в постановах Верховного Суду від 25.02.2021 у справі № 912/9/20, від 19.08.2020 у справі № 923/449/18 зафіксована позиція Суду, згідно якої *Закон не зобов'язує прокурора подавати позов в особі усіх органів, які можуть здійснювати захист інтересів держави у спірних відносинах і звертатися з позовом до суду. Належним буде звернення в особі хоча б одного з них.*

У контексті представництва інтересів держави у справах, пов'язаних з бездіяльністю власне замовників (чи їх органів управління) важливою, особливо з огляду на вчинені таким замовником порушення, є Постанова Великої Палати Верховного Суду від 26.05.2020 у справі № 912/2385/18. У п. 55 цієї Постанови зазначено, що при вирішенні питання про необхідність звернення до суду з позовом компетентний орган може діяти в умовах конфлікту інтересів - коли порушення інтересів держави, про яке стверджує прокурор, може бути пов'язане з раніше вчиненими протиправними діями цього органу чи бездіяльністю.

Якраз для врахування цих обставин стаття 55 Господарського Процесуального Кодексу передбачає такі правила:

- якщо особа, яка має процесуальну дієздатність і в інтересах якої подана заява, не підтримує заявлених позовних вимог, суд залишає заяву без розгляду, крім позову прокурора в інтересах держави;
- відмова компетентного органу від поданого прокурором в інтересах держави позову (заяви), подання ним заяви про залишення позову без розгляду не позбавляє прокурора права підтримувати позов (заяву) і вимагати розгляду справи по суті.

¹⁹ «Строк є розумним, якщо він передбачає час, достатній, з урахуванням обставин справи, для вчинення процесуальної дії, та відповідає завданням цивільного судочинства.»

У ситуаціях, коли, на думку прокуратури, має місце бездіяльність і органу контролю і органу-замовника, позицією Верховного Суду у Постанові від 18.06.2021 №927/491/19 підкреслено, що оскільки позов прокурора у справі містить вимогу про стягнення надмірно сплачених за Договором грошових сум на користь саме Відділу-Замовника (і не містить вимоги про стягнення отриманого за договором в дохід держави), Верховний Суд вважає, що зазначення саме Замовника (Відділу), а не Держаудитслужби як органу, в особі якого подано позов в інтересах держави, є виправданим.

Важливою умовою для успішної (результативної) участі прокурора у судових справах з питань публічних закупівель для забезпечення дієвого представництва інтересів держави є обов'язок прокурора обґрунтувати у позові негативні наслідки порушень процедури закупівлі для особи, в інтересах якої останній звернувся до суду (наприклад, замовника). Така позиція суду, зокрема, зазначена у Постанові Верховного Суду від 05 серпня 2020 року у справі № 905/1907/18.

КОМЕНТАР ЩОДО СУДОВОЇ ПРАКТИКИ У КРИМІНАЛЬНИХ СПРАВАХ, ЯКА СТОСУЄТЬСЯ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ

Відразу варто звернути увагу на те, що в Кримінальному кодексі України (ККУ) немає і ніколи не було окремої статті, якою було б передбачено відповідальність за порушення законодавства саме у сфері закупівель/публічних закупівель. Тому кримінальні розслідування і судочинство здійснюється у розрізі різних злочинів за різними статтями ККУ, переважно пов'язаних з певними злочинами у сфері службової діяльності (розділ XVII Особливої частини ККУ) і статтею 191 ККУ та часто у їх поєднанні, які безпосередньо не стосуються проведення закупівель/публічних закупівель, але можуть мати місце при організації і проведенні закупівель.

У зв'язку з цим, судова практика у кримінальних справах, яка стосується публічних закупівель, стосується загальної практики застосування і здійснення судочинства саме у контексті Кримінального кодексу України.

Тому така практика НЕ розглядалася та не включалася до цього Огляду, який спрямований на практику і рішення, які стосуються застосування саме законодавства про публічні закупівлі, та які докладно розглянуті у наступному Розділі II цього Огляду.

ОГЛЯД СУДОВОЇ ПРАКТИКИ У РОЗРІЗІ НАЙБІЛЬШ ПОПУЛЯРНИХ ПИТАНЬ
ПРАВОЗАСТОСУВАННЯ ЗАКОНОДАВСТВА ПРО ЗАКУПІВЛІ

Даний розділ побудований згідно постатейного змісту Закону «Про публічні закупівлі» -- починаючи від статті 1 і далі – та докладніше описує зміст справ і висновків, які наведені з коротким описом у Додатку 1 «Зведена таблиця «Найпоширеніші (вибрані) спірні питання інтерпретації законодавства про публічні закупівлі, які були розглянуті судами».

При цьому, в Огляді задіяні лише ті статті і норми Закону, які були предметом розгляду судами у контексті відповідних справ, та в рішеннях остаточних судових інстанцій зафіксована правова інтерпретація відповідних норм Закону для їх коректного правозастосування.

Деякі судові рішення стосуються одразу декількох норм Закону, які взаємопов'язані, але в Огляді наведені в описі щодо статті, яка є першою хронологічно або яка має більшу референтну вагу у контексті відповідного судового рішення.

СТАТТЯ 1. «ВИЗНАЧЕННЯ ОСНОВНИХ ТЕРМІНІВ»

Справа 1

Чи є належним скаржником у розумінні пункту 30 статті 1 Закону та чи має право на оскарження результатів оцінки та вибору переможця учасник, пропозицію якого було відхилено?

Обставини справи

АМКУ, за результатами розгляду скарги учасника (Товариство) процедури відкритих торгів, рішенням Постійно діючої адміністративної колегії з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель від № 20253-р/пк-пз від 30.10.2020 р. (<https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2020-09-04-010839-b>) зобов'язав Замовника скасувати рішення про визначення іншого учасника цих же торгів переможцем процедури закупівлі.

Замовник оскаржив до суду дане Рішення АМКУ, обґрунтовуючи свій позов тим, що учасник-скаржник (Товариство) є неналежним суб'єктом оскарження, а його права та інтереси за результатами визначення переможця тендерної процедури не порушені, оскільки його тендерна пропозиція попередньо була відхилена і у визначенні переможця не враховувалася.

Позиція Суду

Постановою ШОСТОГО АПЕЛЯЦІЙНОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ від 15.07.2021 №640/29706/20 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/98340026>) як остаточною інстанцією за даною справою **ОСТАТОЧНО ПІДТВЕРДЖЕНО** правомірність позиції і рішення АМКУ.

У рішенні Суду, зокрема зазначено, що «..Товариство (скаржник) було учасником даної процедури закупівлі, який виявив під час її проведення порушення Позивачем положень Закону та безпосередньо недотримання ним основних принципів здійснення публічних

закупівель, передбачених частиною першою статті 5 Закону № 922-VIII. Зокрема Позивачем було порушено принцип недискримінації учасників та рівного ставлення до них та об'єктивного, неупередженого визначення переможця процедури закупівлі. На підставі вищевикладеного, колегія суддів дійшла висновку, що Товариство є належним суб'єктом оскарження.»

Таким чином, Суд підтвердив диспозицію Закону, за якою будь-який учасник процедури закупівлі, права якого були порушені внаслідок недотримання замовником одного або кількох принципів здійснення закупівель, зокрема об'єктивної та неупередженої оцінки тендерних пропозицій (п.5 ч.1 статті 5 Закону), є належним суб'єктом оскарження.

Справа 2

Чи є комунальні підприємства тієї самої міськради пов'язаними особами у розумінні пункту 20 частини першої статті 1 Закону у разі їх участі у процедурі закупівлі у якості учасників ?

Обставини справи

АМКУ, за результатами розгляду скарги учасника (Товариство) процедури відкритих торгів, рішенням Постійно діючої адміністративної колегії з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель від 21.06.2018 № 6125-р/пк-пз (<https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2018-03-28-001853-a>) зобов'язав Замовника скасувати рішення про допуск до аукціону двох інших учасників цих же торгів, які також є комунальними підприємствами тієї самої міської ради, до виконавчих органів якої належить Замовник, як суб'єктів, що є пов'язаними особами у розумінні пункту 20 частини 1 статті 1 Закону та пропозиції яких підлягають відхиленню згідно пункту 7 частини 1 статті 17 Закону.

Одне з зазначених комунальних підприємств оскаржило до суду дане Рішення АМКУ, обґрунтовуючи свій позов тим, що відповідні комунальні підприємства спеціально створені саме для надання комунальних послуг прибирання вулиць, що були предметом закупівлі. При цьому, комунальні підприємства є самостійними у своїй діяльності, а контроль міської ради як засновника не є порушенням антимонопольного законодавства.

Позиція Суду

Рішенням Дніпропетровського окружного адміністративного суду від 27.08.2020 №160/2737/20 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/91590356>) як остаточною інстанцією за даною справою **ОСТАТОЧНО ПІДТВЕРДЖЕНО** правомірність позиції і рішення АМКУ.

Зокрема, з матеріалів справи судом встановлено, що відповідно до витягів з Єдиного державного реєстру, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань єдиним засновником зазначених юридичних осіб-комунальних підприємств є одна та сама міська рада. Отже, з огляду на те, що єдиним засновником юридичних осіб-комунальних підприємств є одна та сама міська рада, якій зазначені підприємства підконтрольні, підпорядковані та підзвітні, суд дійшов висновку про правомірність висновку АМКУ, що дані комунальні підприємства як учасники процедури закупівлі є пов'язаними особами в розумінні пункту 16 частини першої статті 1 Закону №922, оскільки перебувають під спільним контролем одного Засновника.

У свою чергу, згідно з пунктом 7 частини першої статті 17 Закону Замовником мало бути прийнято рішення про відмову такого комунального підприємства в участі у процедурі закупівлі та відхилено його тендерну пропозицію, з огляду на пов'язаність цієї особи з іншим учасником процедури закупівлі.

Враховуючи викладене, прийняте Колегією АМКУ оскаржуване у цій справі рішення шляхом зобов'язання Замовника скасувати рішення про допущення до аукціону тендерних пропозицій комунального підприємства, є обґрунтованим та правомірним.

Справа 3

Чи може замовник при визначенні предмета закупівлі (послуг з ремонту) у розумінні пункт 22 частини 1 статті 1 Закону не вказувати показник четвертої цифри основного словника та не вказувати Інформації про необхідні технічні, якісні та кількісні характеристики кожного окремого будинку, будівлі, споруди, об'єкту інфраструктури, які підлягають ремонту ?

Обставини справи

У Висновку Східного офісу Держаудитслужби від 25.02.2020 року № 108 (<https://prozorro.gov.ua/print/tenders/UA-2020-01-08-000188-b/monitorings/79b6e0a329224cee9516cdbfa9848884/conclusion/pdf>) За результатами проведеного аналізу встановлено, що така практика є **НЕдотриманням** замовником вимоги пункту вісімнадцятого частини першої статті 1 Закону, абзацу другого частини першої та частини другої розділу II Порядку визначення предмету закупівлі, затвердженого наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 17.03.2016 № 454 із змінами щодо визначення коду предмету закупівлі.

Замовник не погодився з вказаним Висновком та оскаржив його до адміністративного суду.

Позиція Суду

Постановою ТРЕТЬОГО АПЕЛЯЦІЙНОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ 19.01.2022 апеляційну скаргу залишено без задоволення, чим **ОСТАТОЧНО ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і висновку ДАСУ** (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/103192905>).

Відповідно до Порядку визначення предмету закупівлі (затвердженого наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 17.03.2016 № 454) предмет закупівлі для послуг визначається так само, як і для товарів за четвертою цифрою класифікатора ДК 021:2015 із зазначенням конкретної назви предмету закупівлі.

Поточний ремонт відноситься до послуг. Предмет закупівлі послуг з поточного ремонту визначається за кожною спорудою окремо згідно з термінологією державних будівельних норм ДБН А.2.2-3:2014 (Склад та зміст проектної документації на будівництво) та/або ГБН Г.1-218-182:2011 (Ремонт автодоріг загального користування. Види ремонтів та перелік робіт), затверджених наказом Державної служби автомобільних доріг України від 23 серпня 2011 року № 301, із зазначенням у дужках предмета закупівлі відповідно до Єдиного закупівельного словника. Далі Суд зазначив: «Як свідчать встановлені обставини справи, замовником визначено вид предмета закупівлі як послуги за кодом ДК021:2015 45000000-7 Будівельні роботи та поточний ремонт.

Судом встановлено, а позивачем не спростовані доводи відповідача, з якими погодився і суд першої інстанції, що замовник не зазначив відповідну інформацію при визначенні предмету закупівлі в тендерній документації (Додаток 3 Інформація про необхідні

технічні, якісні та кількісні характеристики предмета закупівлі), а лише вказав загальну інформацію - технічні характеристики предмету закупівлі «Поточний ремонт пам'ятників архітектури, в'їзних знаків та поклінних хрестів на території міста Кам'янське.»

Таким чином колегія суддів суду апеляційної інстанції погодилось з висновками суду першої інстанції, що таке формулювання містить лише узагальнену інформацію, а тому предмет закупівлі визначено замовником з порушенням чинного законодавства.

СТАТТЯ 2. «ЗАМОВНИКИ»

Щодо належності державного і комунального підприємства до поняття «замовник»

Справа 1

За наявності яких умов державне підприємство є «замовником» у розумінні Закону та підпадає під необхідність здійснення закупівель у встановленому Законом порядку?

Обставини справи

Заступник прокурора Закарпатської області (далі - Прокурор) в інтересах держави в особі Західного офісу Держаудитслужби звернувся до господарського суду Закарпатської області про визнання недійсним договору купівлі-продажу паливно-мастильних матеріалів, укладеного між державним підприємством лісового господарства (Відповідачем) та постачальником. Позовні вимоги Прокурора обґрунтовані тим, що в силу приписів статей 203, 215 Цивільного кодексу України договір державного підприємства як замовника підлягає визнанню недійсним як такий, що був укладений без проведення будь-якої процедури закупівлі відповідно до Закону України "Про публічні закупівлі".

Державне підприємство-відповідач під час розгляду справ у першій та апеляційній інстанціях наголошувало, що не воно є замовником в розумінні Закону, оскільки не є розпорядником чи одержувачем бюджетних коштів, а свою діяльність здійснює виключно на промисловій та комерційній основі. Тобто, дане державне підприємство вважало, що не зобов'язане було при здійсненні закупівель товарів, робіт і послуг застосовувати положення Закону, тому не проводило процедури закупівлі, а уклало договори на власний господарський розсуд відповідно до цивільного та господарського законодавства України.

Позиція Суду

Постанова ВЕРХОВНОГО СУДУ від 23 вересня 2021 року у справі № 907/576/19 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/99890006>) разом з аналогічною правовою позицією в іншій постанові Верховного Суду від 31.03.2021 за подібною справою № 260/1666/19 фіксує **ОСТАТОЧНУ** правову позицію, за якою сам факт створення державного підприємства та закріплення за ним державного майна як спосіб реалізації потреб держави відносить таке підприємство до категорії «замовників» у розумінні Закону.

Зокрема, Верховним Судом зазначено у висновках його рішення (Постанови):

«7.18. Підсумовуючи наведене вище, колегія суддів зазначає, що оскільки юридична особа публічного права створюється за безпосередньої участі держави з метою ефективного та раціонального використання державного і громадського майна, але держава чи територіальна громада не можуть управляти належними їй цінностями, то це майно закріплюється за окремими підприємствами, установами та організаціями на праві господарського відання. При цьому держава, територіальні громади як власники майна дозволяють цим підприємствам, установам та організаціям управляти належним їм майном, розпоряджатися грошовими коштами, вступати від свого імені у будь-які правовідносини для реалізації певних інтересів та потреб держави або територіальної громади.

7.19. Державні підприємства, як юридичні особи, у статутному капіталі яких державна частка акцій (часток, паїв) перевищує 50%, наділені обов'язковими ознаками замовника, визначеними ...Законом про публічні закупівлі.

Постанови Верховного суду від 21 липня 2021 року у справі № 904/5935/20 (разом з аналогічними правовими позиціями у постановках ВС від 30.09.2020 у справі № 160/8475/19 та від 29.10.2020 у справі № 120/1874/19-а) фіксують аналогічну правову позицію щодо підтвердження статусу «замовник» у розумінні Закону з поширенням на комунальні підприємства як такі, що наділені обов'язковими ознаками замовника, визначеними Законом.

Справа 2

Належність державного підприємства до поняття «замовник» з урахуванням положень його статуту

Обставини справи

У Висновку Держаудитслужби від 14.02.2020 року (<https://prozorro.gov.ua/print/tenders/UA-2019-12-19-001829-c/monitorings/47db8fc3c6744f13ba61f4e3f40d75b0/conclusion/pdf>) за результатами проведеного моніторингу процедури закупівлі зафіксована приналежність державного підприємства до поняття «замовник» у розумінні Закону та встановлені певні порушення проведення процедури закупівлі.

Замовник-державне підприємство не погодився з вказаним Висновком та оскаржив його до суду, наголошуючи, що він не є замовником в розумінні Закону, оскільки не є розпорядником чи одержувачем бюджетних коштів, а свою діяльність здійснює виключно на промисловій та комерційній основі. Тобто, дане державне підприємство вважало, що не зобов'язане було при здійсненні закупівель товарів, робіт і послуг застосовувати положення Закону (хоча по факту це робило).

Позиція Суду

Постановою Касаційного адміністративного суду Верховного Суду від 08 вересня 2021 року за справою 640/4983/20 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/99459224>) **ОСТАТОЧНО ПІДТВЕРДЖЕНО** правомірність позиції і висновку ДАСУ щодо віднесення державного підприємства до категорії «замовник» у розумінні Закону та необхідності проводити закупівлі у встановленому Законом порядку.

Зокрема, Верховним Судом зазначено у висновках його рішення (Постанови) :

«42. Отже, з положень Статуту ДП Центр оцінки та інформації слідує, що його засновником є Міністерство юстиції України. Майно підприємства є державною власністю і закріплюється за підприємством на праві господарського відання. При цьому майно, набуте чи придбане підприємством у процесі здійснення господарської діяльності, а також доходи, отримані від господарської діяльності, є також державною власністю.

43. Крім того, згідно з підпунктом 6.2.12 пункту 6.2 Статуту підприємство зобов'язане для закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти застосовувати процедури закупівель, визначені законом.

44. З огляду на зазначене, висновок суду апеляційної інстанції стосовно того, що Статут ДП Центр оцінки та інформації не містить положень, які зобов'язують позивача забезпечувати державні та громадські потреби в певний спосіб та на певних умовах є помилковим.»

Отже, Верховним Судом у даному рішенні підкреслено належність майна і доходів державного підприємства до державної власності та зобов'язальність положень його статуту щодо здійснення закупівель, згідно Закону, як атрибутів забезпечення державних та громадських потреб не на комерційній основі, що у розумінні пункту 3 частини першої статті 2 Закону відносить державне підприємство до замовників у розумінні Закону.

Слід підкреслити, що хоча всі наведені рішення за статтею 2 Закону оперують його нормами у попередній редакції, що діяла до 19.04.2020, вони повністю застосовні і для чинної редакції Закону, оскільки відповідні норми пункту 9 частини першої статті 1 попередньої редакції Закону зараз є тотожними нормами п.3 ч.1 ст.3 чинної редакції Закону.

СТАТТЯ 3. «СФЕРА ЗАСТОСУВАННЯ ЗАКОНУ», ЧАСТИНА 10

Щодо заборони ділити предмет закупівлі на частини з метою уникнення проведення процедури відкритих торгів/спрощених закупівель або застосування Закону.

Справа 1

Чи правомірним є визначення окремими предметами закупівлі за різними кодами за показником 4-го знака Класифікатора, якщо фактично дані предмети є окремими складовими комп'ютерної техніки («комп'ютерне обладнання» -- код 30230000-0 та «машини для обробки даних» -- код 30210000-4) ?

Обставини справи

Виконувач обов'язків керівника Лисичанської місцевої прокуратури (надалі - Прокурор) звернувся до господарського суду Луганської області з позовною заявою в інтересах держави в особі Військово-цивільної адміністрації міста Лисичанськ Луганської області) до Комунальної установи м. Лисичанськ (надалі – Відповідач 1) та ФОП-постачальника (Відповідач 2) про визнання недійсними договорів про закупівлю товарів за кошти місцевого бюджету.

Позовні вимоги Прокурора обґрунтовані тим, що між Відповідачами 1 і 2 укладено чотири договори на закупівлю групи товарів однієї категорії за державні кошти без проведення процедури закупівель з порушенням Закону внаслідок штучного поділу предмета закупівлі на частини, з метою уникнення проведення процедури відкритих торгів.

Позиція Суду

Постановою Верховного суду від 31 серпня 2021 року у справі № 913/153/19 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/99315250>) **ОСТАТОЧНО** підтверджено **правомірність** дій замовника у даному випадку з визначення як окремими предметів закупівлі за різними кодами за показником 4-го знака Класифікатора, оскільки таке прямо передбачено Порядком визначення предмета закупівлі (затверджений наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 17.03.2016 № 454).

Під час розгляду було встановлено, що предмети закупівлі товарів за 4-ма оспорюваними договорами були визначені Відповідачем-1 за 2-ма кодами на підставі правил встановлених Порядком визначення предмета закупівлі, за показником четвертої цифри основного словника, а саме:

- комп'ютерне обладнання - ДК 021-2015, код 30230000-0 (два договори з сумою не більше 200000 грн);
- машини для обробки даних - ДК 021-2015, код 30210000-4 (два договори з сумою не більше 200000 грн).

Враховуючи вимоги Закону про публічні закупівлі та беручи до уваги Порядок визначення предмета закупівлі, встановлено та не підлягає сумнівам, що предмет закупівлі товарів визначається замовником за показником четвертої цифри класифікатора "Єдиний закупівельний словник", яка відповідає класу того чи іншого товару.

Таким чином, суди попередніх інстанцій **ОБГРУНТОВАНО** дійшли висновку про те, Відповідачі укладаючи чотири різні договори, в яких ціна кожного предмета закупівлі не перевищує 200000 грн, **НЕ** порушили положень частини 1 статті 2 Закону про публічні закупівлі.

Справа 2

Чи правомірним є визначення окремими предметами закупівлі шкільних меблів за різними кодами за показником 4-го знака Класифікатора (окремо як «стілці – код 39110000-6 та окремо «столи» -- 39120000-9) за наявності окремого відповідного кода у Класифікаторі («шкільні меблі» -- код 39160000-1)?

Обставини справи

Могилів-Подільська місцева прокуратура Вінницької області (далі - Прокуратура) в інтересах держави в особі Управління Північного офісу Держаудитслужби у Вінницькій області (далі - Управління) звернулася до господарського суду Вінницької області про визнання недійсними договорів про закупівлю товарів за кошти місцевого бюджету.

Позовні вимоги Прокуратури були обґрунтовані тим, що між відповідним місцевим замовником і 2-ма ФОПами було укладено 2 окремі договори на закупівлю окремо стільців та окремо столів без проведення процедури закупівель з порушенням Закону внаслідок штучного поділу предмета закупівлі *шкільні меблі* з відповідним кодом Класифікатора на частини, з метою уникнення проведення процедури відкритих торгів.

Крім цього, Прокуратура у позовних вимогах і в касаційній скарзі просила після визнання оспорюваних договорів недійсними здійснити взаємну реституцію – замовник повинен повернути майно (стілці і столи), а ФОПи – повинні повернути грошові кошти, отримані від замовника.

Позиція Суду

Постановою Верховного суду від 20 травня 2021 року у справі № 902/347/20 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/97099244>) **ОСТАТОЧНО** підтверджено **НЕправомірність** визначення єдиного предмета закупівлі «шкільні меблі» з відповідним кодом Класифікатора за показником 4-го знака Класифікатора у якості окремих предметів закупівлі за різними кодами «столи і «стілці», що є порушенням правил, встановлених Порядком визначення предмета закупівлі.

Судом також задоволено касаційну скаргу Прокуратури в частині визнання недійсними оспорюваних договорів та здійснення обов'язкові реституції за ними.

Справа 3

Чи правомірно укласти кілька договорів про закупівлю однакових робіт у межах єдиного об'єкту робіт у контексті норми щодо заборони поділу предмета закупівлі на частини з метою уникнення проведення процедури відкритих торгів?

Обставини справи

Територіальним підрозділом Держаудитслужби за результатами перевірки закупівель Замовника були встановлені порушення законодавства про публічні закупівлі та складений протокол щодо посадової особи про вчинення адміністративного правопорушення згідно статті 164-14 КУпАП. Порушення на думку підрозділу Держаудитслужби полягало в тому, що замовник всупереч Закону поділив єдиний предмет закупівлі на частини, уклавши без проведення торгів два договори на виконання однакових робіт з капітального ремонту тротуару за різними суміжними адресами, проте на одній тій самій вулиці та з одним тим самим підрядником.

Під час розгляду справи у місцевому суді як першій інстанції та згодом в апеляції відповідна посадова особа, яка була притягнута до адміністративної відповідальності, наполягала на тому, що вказані 2 договори були укладені на різні об'єкти робіт, тому їх не можна вважати закупівлею одного того самого предмета закупівлі. На захист своєї позиції посадова особа, яка була притягнута до адміністративної відповідальності, також навела висновок експерта за результатами проведення будівельно-технічної експертизи, який був підготовлений на замовлення цієї посадової особи.

Позиція Суду

Постановою Житомирського апеляційного суду від 10 червня 2020 року у справі № 285/695/20 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/89764848>) **ОСТАТОЧНО** підтверджено **НЕправомірність** такого поділу, що є порушенням правил, встановлених Порядком визначення предмета закупівлі.

Зокрема, Судом було підкреслено, що згідно Закону та правил, встановлених Порядком визначення предмета закупівлі, *«При визначенні очікуваної вартості предмета закупівлі робіт замовники керуються даними кошторису (кошторисного розрахунку) на весь об'єкт будівництва».*

Натомість, у даній справі порушення було спричинене при внесенні змін до додатку до річного плану закупівель шляхом поділу предмету закупівлі на частини з метою уникнення проведення процедури відкритих торгів при проведенні капітального ремонту тротуару по одній тій самій вулиці. Вартість предмету закупівлі для капітальних ремонтів була поділена на 2 частини, кожна з яких є меншою за 1,5 млн гривень (мінімальна вартісна межа для проведення торгів), однак сумарно 2 частини за вартістю

перевищують 1,5 млн гривень. При цьому, щодо 2 вказаних частин робіт не було розроблено окремої проектно-кошторисної документації, які ці частини визначала як окремі об'єкти робіт.

Як наслідок, Замовником без застосування процедур закупівель, в порушення Закону, укладено два окремих договори по одному лінійному об'єкту інженерно-транспортної інфраструктури, якій має спільні конструктивні елементи, на загальну суму 2 120 484 грн. При цьому договори укладено з одним і тим самим підрядником в один і той же день по одній і тій самій вулиці, але з поділом суми на частки, що не перевищують 1,5 млн грн. кожна.

Суд також окремо зауважив щодо недопустимості у якості доказу висновку експерта, на який посилалася посадова особа, яка була притягнута до адміністративної відповідальності. З цього приводу Суд встановив, що даний висновок експерта складено на замовлення цієї посадової особи у справі про адміністративне правопорушення, що є порушенням п.1.8 Інструкції про призначення та проведення судових експертиз та експертних досліджень та Науково-методичних рекомендацій з питань підготовки та призначення судових експертиз та експертних досліджень, затвердженої наказом Мінюсту від 08.10.1998 р. за №53/5.

Крім цього, згідно п.п.4 п.4 розділу II Інструкції про особливості здійснення судово-експертної діяльності атестованими судовими експертами, що не працюють у державних спеціалізованих експертних установах, затвердженої наказом Мінюсту 12.12.2011 р. за №3505/5, судовому експерту забороняється, зокрема, вступати у не передбачені порядком проведення експертизи контакти з особами, якщо такі особи прямо чи опосередковано зацікавлені в результатах експертизи.

За таких обставин, Апеляційний Суд звернув увагу на те, що висновок експерта, який зроблено на замовлення посадової особи, яка була притягнута до адміністративної відповідальності, не дає змоги дійти висновку про наявність або відсутність в діях особи складу адміністративного правопорушення та є недопустимим доказом, оскільки був складений з порушеннями вказаних Інструкцій.

СТАТТЯ 16. «КВАЛІФІКАЦІЙНІ КРИТЕРІЇ ПРОЦЕДУРИ ЗАКУПІВЛІ»

Справа 1

Чи означає множина при формулюванні вимог і умов тендерної документації, зокрема щодо кваліфікаційних критеріїв, обов'язковість наявності двох або більше елементів?

Обставини справи

АМКУ, за результатами розгляду скарги учасника (Товариство) процедури відкритих торгів, рішенням Постійно діючої адміністративної колегії з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель № 17426-р/пк-пз від 26.11.2019 (<https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2019-08-29-000337-a>) визнав правомірним рішення про відхилення тендерної пропозиції Товариства у зв'язку з її невідповідністю умовам тендерної документації та скаргу Товариства не задовільнив.

Одна з невідповідностей була пов'язана з формулювання документації щодо вимоги **«наявність документального підтвердження можливості забезпечити сервісне обслуговування у власних або партнерських сервісних центрах»**, яку на думку АМКУ як Органу оскарження слід розуміти як обов'язковість наявності як мінімум **двох елементів (у даному випадку – сервісних центрів)**, що власне і не було дотримано учасником-скаржником (Товариство).

Товариство оскаржило до суду дане Рішення АМКУ, не погоджуючись з його висновками.

Позиція Суду

Рішенням ОКРУЖНОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ міста КИЄВА від 30.11.2021 №640/25903/19 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/101528787>) **ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і рішення АМКУ.** Апеляція не подавалась, тому рішення є **остаточним** у даному контексті.

Зокрема, під час розгляду справи Судом встановлено, що згідно з пунктом 5 розділу III Документації та відповідно до статті 16 Закону Замовник встановив такі кваліфікаційні критерії, зокрема, наявність обладнання та матеріально-технічної бази, а саме – *«наявність документального підтвердження можливості забезпечити сервісне обслуговування у власних або партнерських сервісних центрах, які знаходяться на території м. Києва та/або Київської області».*

Відповідно до пункту 1.1 додатку 1 Документації учасником надається, зокрема, *«довідка у довільній формі, що містить інформацію про наявність можливості забезпечити сервісне обслуговування у власних або партнерських сервісних центрах, які знаходяться на території м. Києва та/або Київської області, впродовж строку дії гарантійних зобов'язань».*

У зв'язку з цим, Суд погодився з позицією АМКУ, що за таких умов Документацією передбачалась необхідність надання інформації про можливість забезпечити сервісне обслуговування у двох або більше сервісних центрах.

Судом встановлено, що у складі пропозиції Товариства як позивача міститься, серед іншого, довідка від 24.09.2019р. б/н (файл "Довідка щодо сервісного обслуговування.PDF"), якою останній підтверджує наявність одного сервісного центру на території м. Києва та Київської області.

З огляду на вказане, Суд погодився з доводами АМКУ як відповідача за справою про те, що пропозиція Товариства як позивача не відповідає умовам Документації в цій частині та була правомірно відхилена Замовником з наведеної підстави, у зв'язку з чим були відсутні підстави для задоволення скарги Товариства.

Справа 2

Чи можна вважати договір про надання 3-ю особою послуг учаснику торгів як клієнту з використанням спецтехніки цієї 3-ї особи без передання її безпосередньо учаснику торгів таким, що підтверджує право учасника на користування такою технікою у якості підтвердження відповідності кваліфікаційному критерію «наявність обладнання та матеріально-технічної бази, що належать учасникам на праві володіння чи користування (орендовані або власні)»?

Обставини справи

АМКУ, за результатами розгляду скарги учасника (Товариство 1) процедури відкритих торгів, рішенням Постійно діючої адміністративної колегії з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель від 21 березня 2019 року № 3261-р/пк-пз (<https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2019-01-21-001931-b>) зобов'язав Замовника

закупівлі скасувати рішення про визначення переможцем іншого учасника процедури закупівлі (Товариство 2), оскільки пропозиція вказаного Товариства 2 не відповідала умовам Документації, а тому вона мала бути відхилена Замовником відповідно до вимог Закону.

Однією з причин невідповідності пропозиції Товариства 2, на думку АМКУ як Органу оскарження, було те, що у пропозиції Товариства 2 фігурував договір про надання послуг 3-ю особою, за яким техніка не передається у власність чи то в користування Товариства 2 як учасника торгів, що було обов'язковою і неоскарженою умовою тендерної документації.

Товариство 2 оскаржило до суду дане Рішення АМКУ, не погоджуючись з його висновками.

Позиція Суду

Постановою ВЕРХОВНОГО СУДУ (як Касаційний адміністративний суд) від 29.10.2020 у справі №640/5535/19 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/92509633>) **ОСТАТОЧНО ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і рішення АМКУ.**

Зокрема, Верховним Судом під час розгляду справи було встановлено, що підпунктом 5.3 пункту 5 розділу III неоскарженої тендерної документації вимагалось: *«довідка, яка містить інформацію про наявність в учасника обладнання (у тому числі будівельної техніки та (або) обладнання у кількості не менше 10 найменувань) та матеріально-технічної бази (у тому числі офісне та складське приміщення), за встановленою формою».*

Для підтвердження інформації зазначеної у довідці про наявність матеріально-технічної бази, учасник повинен був надати *«копію документа, який підтверджує його право власності на матеріально-технічну базу, або нотаріально завірену копію договору/договорів оренди матеріально-технічної бази (договір повинен бути чинний на дату подання пропозиції і термін його дії повинен бути не меншим ніж до 31 серпня 2020 року)».*

Таким чином, вказане свідчить, що, згідно з поставленими (та неоскаржуваними) вимогами до учасників процедури закупівлі було висунуто критерії наявності вказаного обладнання та матеріально-технічної бази, що належать учасникам на праві володіння чи користування (власні або орендовані).

Верховний Суд звернув увагу на те, що у свою чергу та відповідно до правил чинного законодавства України право володіння чи користування майном передбачає, що таке майно належить певній особі на праві власності або іншого речового права (зокрема, оренди).

Натомість наданий у складі тендерної пропозиції Товариства 2 договір про надання послуг не свідчить про наявність у нього на праві володіння чи користування виробничих потужностей, що є обов'язковою умовою спірної процедури закупівлі – натомість за цим договором техніка не передається позивачу у власність чи то в користування, оскільки договором передбачено саме надання послуг, результатом яких є виконання 3-ю стороною робіт її ж технікою.

Справа 2

Чи можна вважати таким, що відповідає умовам пункту 3 частини 2 статті 16 Закону кваліфікаційного критерію щодо підтвердження виконання аналогічного договору, сам факт укладення договору, але щодо якого не було надано підтвердження завершення виконання цього аналогічного договору?

Обставини справи

Заступник керівника Маріупольської місцевої прокуратури №1 (далі – Прокурор) звернувся з позовом в інтересах держави в особі Східного офісу Державної аудиторської служби України до Комунального підприємства-Замовника та Товариства-переможця торгів щодо визнання недійсним договору про закупівлю робіт, укладеного між Замовником та Товариством-переможцем торгів як підрядником.

В обґрунтування позовних вимог Прокурор зазначив, що в ході вивчення тендерної пропозиції товариства-переможця виявлені невідповідності вимогам тендерної документації, оскільки пропозиція містить недостовірні відомості зокрема щодо досвіду виконання аналогічних договорів. У зв'язку з цим, Замовник повинен був відхилити пропозицію Товариства, натомість в порушення Закону Замовник визначив Товариство переможцем та уклав з ним оспорюваний договір про закупівлю робіт.

Позиція Суду

Постановою Верховного суду від 05 серпня 2021 року у справі № 910/1520/20 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/104827277>) **ОСТАТОЧНО встановлено**, що сам по собі факт укладення договору не свідчить про його виконання і тому не підтверджує відповідність кваліфікаційному критерію *щодо наявності документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного договору*.

Зокрема, Верховним Судом у висновках рішення було зазначено кілька важливих тез для інтерпретації даного кваліфікаційного критерію:

формулювання у пункті 3 частини 2 статті 16 Закону критерію «наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного (аналогічних) за предметом закупівлі договору (договорів)» вже означає повне виконання договору та не зобов'язує замовника встановлювати показник щодо 100% виконання договору (п.5.27 Постанови).

надання учасником на підтвердження досвіду виконання аналогічного договору лише копії договору, укладеного раніше учасником тендеру з іншим контрагентом, також **НЕ** підтверджує викладений вище кваліфікаційний критерій, оскільки сам по собі договір не свідчить про його виконання, адже за певних обставин після його укладення він може бути не виконаний або виконаний неналежним чином, або розірваний сторонами тощо (п.5.28 Постанови).

натомість Судом було визнано правомірною вимогу замовника у тендерній документації щодо «прийняття об'єкту в експлуатацію» як доказ підтвердження досвіду виконання аналогічного договору (п.5.25 Постанови).

Справа 3

Чи можна вважати надання копії договору, предмет закупівлі якого не в повній мірі відповідає вимогам замовника чи не містить необхідної інформації (зокрема щодо дати укладення договору та його суми) як належне підтвердження відповідності кваліфікаційному критерію щодо виконання аналогічних договорів?

Обставини справи

Держаудитслужбою, за результатами моніторингу процедури закупівлі, (<https://prozorro.gov.ua/print/tenders/UA-2020-09-08-002453-b/monitorings/dcecd7ff3e3247a0b31153344821040c/conclusion/pdf>) були встановлені порушення законодавства про публічні закупівлі та у Висновку про результати моніторингу Держаудитслужба зобов'язала Замовника усунути виявлені порушення.

Одне з порушень, на думку Держаудитслужби, полягало в тому, що замовник всупереч Закону не відхилив тендерну пропозицію та визначив переможцем учасника, пропозиція якого не відповідала умовам тендерної документації, зокрема в частині надання підтвердження виконання договору (ніби як аналогічного) не за предметом закупівлі та надання довідки про виконання іншого аналогічного договору без зазначення дати укладення та суми такого договору, як це вимагалось тендерною документацією.

Не погоджуючись з Висновком про результати моніторингу Держаудитслужби, зокрема у вказаній вище частині, Замовник оскаржив даний Висновок до суду.

Позиція Суду

Постановою Першого апеляційного адміністративного суду від 24 травня 2021 року (справа №200/11191/20-а) **ОСТАТОЧНО ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і висновку ДАСУ**, а апеляційну скаргу замовника залишено без задоволення. <https://reyestr.court.gov.ua/Review/97111795> . Касаційна скарга згодом не подавалась.

СТАТТЯ 17. «ПІДСТАВИ ДЛЯ ВІДМОВИ В УЧАСТІ У ПРОЦЕДУРІ ЗАКУПІВЛІ»

Справа 1

Чи охоплює інформація щодо відповідальності за вчинення корупційного правопорушення інформацію щодо правопорушення, пов'язаного з корупцією, у розумінні пункту 3 частини 1 статті 17 Закону?

Обставини справи

АМКУ, за результатами розгляду скарги учасника (Товариство 1) процедури відкритих торгів, рішенням Постійно діючої адміністративної колегії з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель від 05.10.2020 № 18620-р/пк-пз (<https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2020-08-21-007024-a>) визнав: а) неправомірним рішення про визначення переможця іншого учасника торгів (Товариство 2) у зв'язку невідповідністю тендерної пропозиції Товариства 2 умовам тендерної документації та законодавства, та б) зобов'язав Замовника скасувати рішення про визначення переможця.

Однією з причин невідповідності тендерної пропозиції Товариства 2 умовам тендерної документації та законодавства була відсутність у складі цієї пропозиції (всупереч *пункту 3 частини 1 статті 17 Закону*) інформації про те, що службову (посадову) особу учасника, яку уповноважено учасником представляти його інтереси під час проведення процедури закупівлі, не було притягнуто згідно із законом до відповідальності за вчинення у сфері закупівель правопорушення, пов'язаного з корупцією. Натомість, у складі пропозиції Товариства 2 була лише довідка про те, що уповноважена учасником представляти його інтереси під час проведення процедури закупівлі особа, не була притягнута згідно із законом до відповідальності за вчинення у сфері

закупівель корупційного правопорушення – а така інформація не є тотожною за змістом інформації, відображеній у пункту 3 частини 1 статті 17 Закону та у відповідному положенні тендерної документації.

Товариство 2, не погоджуючись з вказаним рішенням АМКУ як Органу оскарження, оскаржило його до суду.

Позиція Суду

Постановою ШОСТОГО АПЕЛЯЦІЙНОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ від 11.08.2021 № 640/25820/20 до апеляційної скарги (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/98920496>) **ОСТАТОЧНО ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і рішення АМКУ.**

Касаційна скарга не подавалася.

Зокрема, під час розгляду справи Судом було підтверджено правомірність позиції АМКУ про те, що корупційні правопорушення та правопорушення, пов'язані з корупцією, є окремими поняттями, та за їх вчинення передбачено різну відповідальність -- зокрема за корупційні правопорушення встановлено кримінальну відповідальність, в той час, як за правопорушення, пов'язані з корупцією, встановлено адміністративну та дисциплінарну відповідальність.

Відповідно учасники процедур закупівель повинні зазначати окремо про факт відсутності обох правопорушень.

Справа 2

Чи повинен учасник торгів, який визначений-переможцем процедури закупівлі, самостійно отримати та надати замовнику довідку про відсутність заборгованості зі сплати податків і зборів у разі, якщо така інформація про відсутність заборгованості автоматично не згенерована (зокрема, через технічний збій) згідно відповідного Порядку, затвердженого наказом Мінекономрозвитку та Мінфіну від 17.01.2018 № 37/11?

Обставини справи

АМКУ, за результатами розгляду скарги учасника (Компанія) процедури відкритих торгів, рішенням Постійно діючої адміністративної колегії з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель від 04.11.2020 № 20514-р/пк-пз (<https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2020-08-04-006769-a>) відмовив у задоволенні скарги Компанії, яка просила у скарзі скасувати рішення замовника про відхилення тендерної пропозиції Компанії та рішення замовника про визначення переможцем іншого учасника торгів (Товариство). При цьому, рішення про відхилення пропозиції Компанії передувало рішенням замовника про визначення Компанії переможцем даної процедури закупівлі, проте внаслідок ненадання Компанією інформації про наявність/відсутність у неї податкової заборгованості як переможця в процедурі закупівлі, замовник скасував попереднє рішення про визначення переможця і відхилив пропозицію Компанії.

Одним з аргументів Компанії-скаржника було те, що відсутність такої інформації стало наслідком технічного збою в електронній інформаційній системі Державної податкової служби, а Компанія у свою чергу згідно з Законом не була зобов'язана самостійно та окремо надавати оспорювану інформацію.

Проте АМКУ, відмовляючи у скарзі, зазначив, що таке міркування Компанії-скаржника не відповідає положенням тендерної документації, де якраз описаний порядок дій на випадок технічного збою, та загалом частині 6 статті 17 Закону, де обов'язок надання відповідної інформації лежить саме на учаснику-переможцю торгів.

Компанія, не погоджуючись з вказаним рішенням АМКУ як Органу оскарження, оскаржило його до суду.

Позиція Суду

Постановою ШОСТОГО АПЕЛЯЦІЙНОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ від 06.10.2021 № 640/30769/20 до апеляційної скарги (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/100284210>) **ОСТАТОЧНО ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і рішення АМКУ.**

Верховним Судом в Ухвалі від 13.12.2021 відмовлено в розгляді касаційної скарги (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/101896840>)

Зокрема, Судом у висновках рішення було зазначено кілька важливих тез для правозастосування відповідних норм статті 17 Закону:

неотримання учасником-початковим переможцем (Компанія) самостійно оспорюваної інформації про наявність/відсутність у неї податкової заборгованості прямо суперечило умовам тендерної документації, які не були оскаржені та де чітко було зазначено -- *«..якщо у строк, що не перевищує десяти днів з дати оприлюднення в електронній системі закупівель повідомлення про намір укласти договір про закупівлю не з'явиться інформація, що є доступною в електронній системі закупівель, з технічних або інших причин, переможець у строк, що не перевищує десяти днів з дати оприлюднення в електронній системі закупівель повідомлення про намір укласти договір про закупівлю надає: інформацію про стан заборгованості з податків, зборів, платежів, що є дійсною на дату надання документів переможцем...».*

Також внаслідок такої бездіяльності щодо самостійного отримання інформації про наявність/відсутність податкової заборгованості Компанія не виконала вимоги другого речення частини третьої статті 17 Закону.

судом окремо зазначено, що норми частини 5 статті 17 Закону НЕ застосовуються для випадку, визначеному частиною 6 статті 17 Закону. Тому, суд **НЕ** підтримав *«...доводи апелянта (Компанія – ред.) про відсутність необхідності надавати замовнику довідку про стан податкової заборгованості, так як зазначена інформація міститься на головній сторінці офіційного порталу Державної податкової служби України в електронному сервісі «Дізнайся більше про свого бізнес-партнера» за посиланням <https://tax.gov.ua/businesspartner>), а згідно з приписами частини п'ятої статті 17 Закону №922-VIII замовник не вимагає документального підтвердження публічної інформації, що оприлюднена у формі відкритих даних згідно із Законом України «Про доступ до публічної інформації» та/або міститься у відкритих єдиних державних реєстрах..., оскільки... повноваження щодо визначення способу документального підтвердження цієї обставини (інформації про відсутність/наявність заборгованості) переможцем – ред.) процедури закупівлі надано замовнику процедури закупівлі, та щодо документального підтвердження вищевказаної інформації не підлягає застосуванню частина п'ята статті 17 Закону...».*

Справа 3

Яка інформація є визначальною у разі суперечливих даних про наявність або про відсутність заборгованості зі сплати податків і зборів:

- чи довідка податкового органу на певну дату про відсутність заборгованості, яку учасник-переможець самостійно отримав та надав замовнику,
- чи інформація про відсутність заборгованості як автоматично згенерована на запит замовника згідно відповідного Порядку, затвердженого наказом МЕРТ та Мінфіну від 17.01.2018 № 37/11?

Обставини справи

Товариство як учасник процедури закупівлі звернулося до Господарського суду з позовом до Замовника та іншого учасника-переможця (Переможець), з яким Замовник у підсумку уклав договір, про таке:

- про визнання недійсним рішення тендерного комітету Замовника щодо відхилення тендерної пропозиції Товариства;
- про визнання недійсними рішення тендерного комітету Замовника про визначення іншого учасника (Переможця) переможцем процедури закупівлі;
- про визнання недійсним договору про закупівлю послуг, укладеного між Замовником та Переможцем.

Позовні вимоги Товариства були мотивовані тим, що рішення Замовника про відхилення тендерної пропозиції Товариства (після попереднього визначення його переможцем закупівлі) з посиланням на наявність інформації про існування у Товариства податкового боргу, було прийняте на підставі недостовірної інформації про стан розрахунків Товариства з бюджетами внаслідок перекручування (викривлення) показників у відповідних реєстрах інформаційної системи Державної податкової служби України.

Позиція Суду

Постановою Верховного Суду від 04 листопада 2021 року у справі № 910/2265/21 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/100843532>) було **ОСТАТОЧНО** підтверджено, що відповідь на дане спірне питання залежить від конкретного формулювання відповідної вимоги у тендерній документації і у даному випадку доводи та аргументація Товариства НЕ знайшли свого підтвердження у матеріалах та обставинах справи, тому касаційна скарга Товариства була відхилена.

Зокрема, Судом було зазначено у висновках рішення :

«Отже Замовник у тендерній документації визначив спосіб документального підтвердження інформації про стан заборгованості учасника (переможця торгів) з податків, зборів, платежів: шляхом автоматичного отримання від відповідних уповноважених органів через електронну систему закупівель цієї інформації.

При цьому надання переможцем торгів довідки про стан заборгованості з податків, зборів, платежів поставлене Замовником в залежність від наявності в електронній системі закупівель такої інформації, отриманої в порядку інформаційної взаємодії від відповідних органів за наслідком здійсненого в автоматичному режимі запиту на таку інформацію.....

...Верховний Суд погоджується з висновком судів попередніх інстанцій про те, що тендерний комітет Замовника правильно відповідно до норм чинного законодавства та тендерної документації взяв до уваги саме інформацію, надану органом податкової служби в електронній системі закупівель в порядку інформаційної взаємодії, про існування у позивача (Товариства) станом на 30 листопада 2020 року

податкового боргу. З огляду на викладене Верховний Суд вважає безпідставними та не бере до уваги доводи позивача в касаційній скарзі про те, що інформація щодо наявності у позивача податкового боргу була отримана з неналежного джерела, оскільки спосіб отримання такої інформації був визначений Замовником у відповідності до норм Закону про публічні закупівлі у тендерній документації, з якою позивач як учасник закупівлі був ознайомлений.»

СТАТТЯ 22. «ТЕНДЕРНА ДОКУМЕНТАЦІЯ»

ЩОДО СКЛАДОВИХ ЕЛЕМЕНТІВ ТЕНДЕРНОЇ ДОКУМЕНТАЦІЇ

Справа 1

Чи обов'язковою для виконання учасниками торгів є вимога замовника у тендерній документації згідно частини 3 статті 22 Закону щодо наявності спеціального дозволу (ліцензії), передбаченого чинним законодавством України для виконання певних робіт чи послуг (у тому числі якщо такі роботи чи послуги є складовою комплексних робіт чи послуг як предмета закупівлі) та які наслідки недотримання такої вимоги?

Обставини справи

АМКУ, за результатами розгляду скарги учасника (Товариство 1) процедури відкритих торгів, рішенням Постійно діючої адміністративної колегії з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель від 08.10.2019 №14465-р/пк-пз (<https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2019-08-12-000575-c>) зобов'язав ___ замовника скасувати рішення про визначення переможцем іншого учасника торгів (Товариство 2), оскільки пропозиція Товариства 2 повинна була бути відхиленою внаслідок невідповідності умовам тендерної документації, зокрема щодо відсутності у складі пропозиції «...документів дозвільного характеру, що передбачені законодавством України на провадження господарської діяльності, пов'язаної з виконанням предмета закупівлі» та які вимагалися тендерною документацією замовника оскаржуваної закупівлі.

Товариство 2, не погоджуючись з вказаним рішенням АМКУ як Органу оскарження, оскаржило його до суду.

Позиція Суду

Постановою ВЕРХОВНОГО СУДУ (як Касаційний адміністративний суд) від 19.04.2022 у справі №640/20549/19 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/104008975>) **ОСТАТОЧНО ПІДТВЕРДЖЕНО** правомірність позиції і рішення АМКУ.

Зокрема, Судом зазначено у висновках рішення : «якщо предметом закупівлі є роботи чи послуги, які потребують спеціального дозволу (ліцензії), передбаченого чинним законодавством України, то учасник тендерної закупівлі повинен надавати замовникові всі дозвільні документи на виконання таких робіт або ж подавати тендерному комітетові інформацію про субпідрядника, якого він планує залучати до виконання таких робіт, надаючи засвідчені копії дозвільних документів на здійснення цих робіт, які повинен мати субпідрядник незалежно від вартості договору про закупівлю».

Дане рішення Верховного Суду роз'яснює коректність застосування абзацу першого частини третьої статті 22 Закону (*щодо права замовника включати у тендерну документацію іншу інформацію (вимоги), вимоги щодо наявності якої передбачені законодавством*) з урахуванням пункту 18 частини другої статті 22 Закону (*інформація про намір учасника залучати субпідрядника(ів)*) у поєднанні з нормою абзацу третього пункту 1 частини першої статті 31 Закону (*відхилення тендерної пропозиції у разі її невідповідності вимогам, встановленим згідно з вказаною нормою частини третьої статті 22 Закону*).

Справа 2

Чи правомірно відхилити тендерну пропозицію як невідповідну тендерній документації, якщо у пропозиції не зазначено строк та термін її дії, проте в тендерній документації згідно п.11 частини 2 статті 22 замовником був вказаний конкретний строк дії пропозиції?

Обставини справи

Товариство як учасник процедури закупівлі звернулося до Господарського суду з позовом до Замовника та іншого учасника-переможця (Переможець), з яким Замовник у підсумку уклав договір, про таке:

- про визнання недійсними результати відповідної оспорюваної процедури закупівлі;
- про визнання недійсним договору про закупівлю послуг, укладеного між Замовником та Переможцем.

Позовні вимоги Товариства були мотивовані тим, що рішення Замовника про відхилення тендерної пропозиції Товариства на його думку було необґрунтованим, зокрема, щодо того, що Замовник вважав, що в пропозиції Товариства як учасника не було зазначено строку дії тендерної пропозиції, що мало би підтверджувати згоду учасника на строк дії пропозиції, зазначений замовником у тендерній документації.

Позиція Суду

Постановою Верховного суду від 21 листопада 2019 року у справі № 923/127/19 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/85871823>) встановлено **ОСТАТОЧНУ** правову позицію, що у такому разі відхилення пропозиції Замовником було неправомірне, а відсутність інформації про строк дії пропозиції у складі поданої пропозиції за наявності такого строку у тендерній документації замовника є формальною (несуттєвою) помилкою.

Зокрема, Судом було встановлено, що у тендерній документації Замовник чітко передбачив, що тендерні пропозиції вважаються дійсними протягом 90 днів з дати розкриття тендерних пропозицій, а учасник при цьому має право: відхилити таку вимогу або погодитися з вимогою та продовжити строк дії поданої ним тендерної пропозиції. Тобто та відповідно до вимог частини другої Закону тендерною документацією замовника вже встановлено чіткий, конкретний строк, протягом якого тендерні пропозиції вважаються дійсними, а саме, що тендерні пропозиції вважаються дійсними протягом 90 днів з дати розкриття тендерних пропозицій.

Отже, Суд зробив висновок, що навіть якщо вважати, що в даному випадку дійсно була помилка Товариства як учасника щодо незазначення ним у його пропозиції вже встановленого у документації строку, то дана помилка в розумінні тендерної документації і Закону є формальною (несуттєвою) помилкою, що пов'язана з оформленням тендерної пропозиції та не впливає на зміст пропозиції.

Відповідно допущення такої формальної помилки учасниками в тендерних пропозиціях не повинно призводити до відхилення їх пропозицій.

ЩОДО ПОНЯТТЯ ТА РІЗНОВИДІВ ФОРМАЛЬНОЇ ПОМИЛКИ

Справа 1

Чи вважається відсутність документа у складі тендерної пропозиції, який вимагався тендерною документацією та зміст якого було надано доведено згодом під час розгляду пропозицій на запит замовника, формальною помилкою у розумінні Закону?

Обставини справи

АМКУ, за результатами розгляду скарги учасника (Товариство 1) процедури відкритих торгів, рішенням Постійно діючої адміністративної колегії з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель від 23.01.2020 №1413-р/пк-пз (<https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2019-07-29-001328-b>) зобов'язав Замовника відмінити оскаржувану процедуру закупівлі, оскільки пропозиції всіх учасників у тому числі і Товариства 2 як переможця повинні були бути відхилені як невідповідні умовам тендерної документації. Однією з невідповідностей пропозиції Товариства 2 (переможець), на думку АМКУ, була відсутність у складі цієї пропозиції документа (певного гарантійного листа), який вимагався тендерною документацією, **що НЕ є формальною помилкою** у розумінні Закону, оскільки така відсутність документа впливає на зміст тендерної пропозиції та свідчить про її невідповідність вимогам тендерної документації, що зумовлює необхідність відхилення такої пропозиції.

Товариство 2 (переможець), не погоджуючись з вказаним рішенням АМКУ як Органу оскарження, оскаржило його до суду.

Позиція Суду

Постановою ВЕРХОВНОГО СУДУ (як Касаційний адміністративний суд) від 14.07.2022 у справі №640/2727/20 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/105248074>) **ОСТАТОЧНО підтверджено** правомірність позиції і рішення АМКУ.

Зокрема, Судом зазначено у висновках рішення :

«Верховний Суд вважає, що ненадання у складі Пропозиції гарантійного листа , не може вважатися формальною помилкою, оскільки це не є технічною помилкою чи опискою, що пов'язана з оформленням тендерної пропозиції, а є помилкою, яка впливає на зміст пропозиції....

...Враховуючи, що у складі Пропозиції Товариства ... був відсутній гарантійний лист від, отже така пропозиція не відповідала умовам тендерної документації.».

Справа 2

Чи вважається формальною помилкою тендерної пропозиції учасника, якщо у її складі подана неповна (не всі сторінки) копія трудової книжки працівника при наявності наказу про його працевлаштування?

Обставини справи

Держаудитслужбою, за результатами моніторингу процедури закупівлі, (<https://prozorro.gov.ua/print/tenders/UA-2020-07-24-004743-b/monitorings/d9aa61a9130c4112bbf100f77e9eae7a/conclusion/pdf>) були встановлені порушення законодавства про публічні закупівлі та у Висновку про

результати моніторингу Держаудитслужба зобов'язала Замовника усунути виявлені порушення. Одне з порушень, на думку Держаудитслужби, полягало в тому, що замовник всупереч Закону не відхилив тендерну пропозицію та визначив переможцем учасника, пропозиція якого не відповідала умовам тендерної документації, зокрема в частині відсутності копій всіх сторінок трудової книжки, як це вимагалось тендерною документацією. На думку Держаудитслужби, це повинно було розглядатись як невідповідність щодо підтвердження кваліфікаційного критерію про наявність працівників відповідної кваліфікації.

Не погоджуючись з Висновком про результати моніторингу Держаудитслужби, зокрема у вказаній вище частині, Замовник оскаржив даний Висновок до суду.

Позиція Суду

Постановою ВЕРХОВНОГО СУДУ (як Касаційний адміністративний суд) від 19.05.2022 у справі №200/11480/20-а (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/104400944>) **ОСТАТОЧНО СПРОСТОВАНО** правомірність позиції ДАСУ.

Суд у висновках рішення зафіксував позицію, за якою неповнота копії трудової книжки (не всі сторінки) у складі тендерної пропозиції за наявності у ній же наказу про працевлаштування є формальною помилкою та відповідно не є підставою для відхилення тендерної пропозиції.

Справа 3

Чи вважається арифметична помилка формальною помилкою у розумінні Закону та чи може замовник зазначити у тендерній документації арифметичну помилку з описом її змісту як різновид формальної помилки?

Обставини справи

Держаудитслужбою, за результатами моніторингу процедури закупівлі, були встановлені порушення законодавства про публічні закупівлі та у Висновку про результати моніторингу від 20.11.2020 (<https://prozorro.gov.ua/print/tenders/UA-2019-04-01-000589-c/monitorings/066fcec4bbda492ba85d784b73fb5071/conclusion/pdf>) Держаудитслужба зобов'язала Замовника усунути виявлені порушення. Одне з порушень, на думку Держаудитслужби, полягало в тому, що замовник всупереч Закону прирівняв арифметичну помилку до формальних помилок та відповідно Замовник передбачив невідхилення тендерних пропозицій у разі арифметичних помилок. Натомість, на думку ДАСУ Законом не передбачено можливості НЕ відхилити тендерну пропозицію при виявленні арифметичної помилки, або виправляти арифметичну помилку.

Не погоджуючись з Висновком про результати моніторингу Держаудитслужби, зокрема у вказаній вище частині, Замовник оскаржив даний Висновок до суду.

Позиція Суду

Постановою ВЕРХОВНОГО СУДУ (як Касаційний адміністративний суд) від 23.04.2020 у справі №160/5735/19 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/88886258>) **ОСТАТОЧНО СПРОСТОВАНО** правомірність позиції ДАСУ.

Зокрема, Судом зазначено у висновках рішення (п.36.5) деталізована сутність арифметичної помилки, яка має місце «...якщо у визначенні результату підрахунку: було допущено пропуск цифри, випадково переставлено цифри, під арифметичними також розуміють помилки або описки, допущені при заповненні граф (розрахунків),

зокрема, при виконанні арифметичних дій, передбачених при обчисленні сум, з метою визначення податкових зобов'язань з податку, збору тощо».

У зв'язку з цим, Судом підкреслено, що допустити арифметичну помилку можливо з технічних причин, чи допустивши опіску, що в рамках закону і є формальною (несуттєвою) помилкою, яка відповідно не впливає на зміст і не повинна призводити до відхилення тендерної пропозиції з такою помилкою.

Справа 4

Чи можна трактувати як формальну помилку відсутність інформації щодо статусу платника податку в проекті договору, наданому учасником у складі тендерної пропозиції (підписана копія договору на виконання відповідної вимоги тендерної документації) ?

Обставини справи

Держаудитслужбою, за результатами моніторингу процедури закупівлі, були встановлені порушення законодавства про публічні закупівлі та у Висновку про результати моніторингу від 07.02.2020 (<https://prozorro.gov.ua/print/tenders/UA-2019-12-18-002345-b/monitorings/e70ea4a1693b4495b3c3cb6e1d22c381/conclusion/pdf>) Держаудитслужба зобов'язала Замовника усунути виявлені порушення, зокрема розірвати укладений договір. Одне з порушень, на думку Держаудитслужби, полягало в тому, що замовник всупереч Закону не відхилив тендерну пропозицію учасника-переможця та уклав з ним договір, тоді як його пропозиція повинна була бути відхилена як така, що не відповідає умовам тендерної документації, оскільки наданий учасником-переможцем у складі своєї тендерної пропозиції підписаний проект договору, не містить інформації щодо статусу платника податку виконавця цього договору.

Не погоджуючись з Висновком про результати моніторингу Держаудитслужби, зокрема у вказаній вище частині, Замовник оскаржив даний Висновок до суду.

Позиція Суду

Постановою Третього апеляційного адміністративного суду від 14.04.2021 у справі № 160/2135/20 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/96681607>) **ОСТАТОЧНО СПРОСТОВАНО правомірність позиції ДАСУ на підставі рішення Дніпропетровського окружного адміністративного суду 13 жовтня 2020 року** (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/92735707>). Касаційна скарга не подавалася.

Зокрема, судом першої інстанції у його висновках, підтверджених апеляційною інстанцією, встановлено «...відсутність інформації в проекті договору щодо статусу платника податку учасника є формальною помилкою, оскільки зазначені дані містяться у відкритих реєстрах та зазначена інформація надана учасником». Отже, висновок органу Держаудитслужби щодо наявності порушення Закону у даному випадку є необґрунтованим.

Справа 5

Чи повинен перелік формальних помилок, зазначений замовником (позивачем) у Тендерній документації, дослівно відповідати переліку, затвердженому наказом Мінекономіки від 15.04.2020 №710 “Про затвердження Переліку формальних помилок”.

Обставини справи

Держаудитслужбою, за результатами моніторингу процедури закупівлі, були встановлені порушення законодавства про публічні закупівлі та у Висновку про результати моніторингу від 05.11.2021 року (<https://prozorro.gov.ua/print/tenders/UA-2021-08-10-011777-a/monitorings/61ee963646744b5d9deb0954c35bcacd/conclusion/pdf>)

Держаудитслужба зобов'язала Замовника усунути виявлені порушення. Одне з порушень, на думку Держаудитслужби, полягало в тому, що всупереч пункту 19 частини 2 статті 22 Закону перелік формальних (несуттєвих) помилок, зазначений у Тендерній документації, не відповідав переліку формальних (несуттєвих помилок), затверджених наказом Мінекономіки від 15.04.2020 № 710.

Не погоджуючись з Висновком про результати моніторингу Держаудитслужби, зокрема у вказаній вище частині, Замовник оскаржив даний Висновок до суду.

Позиція Суду

Постановою Третього апеляційного адміністративного суду від 08.08.2022 у справі № 160/22698/21 до апеляційної скарги (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/105648273>)

ОСТАТОЧНО СПРОСТОВАНО правомірність позиції ДАСУ. Касаційна скарга не подавалася.

Суд, зокрема, зазначив, що враховуючи те, що перелік формальних помилок у Тендерній документації Замовника не суперечить Переліку формальних помилок, затвердженому наказом Мінекономіки № 710, та не містить прикладів формальних помилок, які дали б можливість учаснику або замовнику маніпулювати під час проведення закупівлі, а вимоги п. 19 ч. 2 ст. 22 Закону у свою чергу не містять імперативної норми щодо того, що приклади формальних (несуттєвих) помилок у тендерній документації мають повністю відповідати (дублювати) Переліку формальних помилок, затвердженому наказом Мінекономіки №710, зазначення у висновку цього як порушення необґрунтованим.

СТАТТЯ 23. «ТЕХНІЧНІ СПЕЦИФІКАЦІЇ, МАРКУВАННЯ, СЕРТИФІКАТИ, ПРОТОКОЛИ ВИПРОБУВАНЬ ТА ІНШІ ЗАСОБИ ПІДТВЕРДЖЕННЯ ВІДПОВІДНОСТІ»

Чи вважається порушенням надання учасником на підтвердження встановлених у тендерній документації технічних вимог документів, інших ніж передбачені у такій тендерній документації?

Обставини справи

Держаудитслужбою, за результатами моніторингу процедури закупівлі, були встановлені порушення законодавства про публічні закупівлі та у Висновку про результати моніторингу від 07.02.2020 (<https://prozorro.gov.ua/print/tenders/UA-2020-06-19-004329-b/monitorings/968e8f36e2c540fd9418843a599bf0ea/conclusion/pdf>) Держаудитслужба зобов'язала Замовника усунути виявлені порушення, зокрема припинити виконання зобов'язань за укладеним договором. Одне з порушень, на думку Держаудитслужби, полягало в тому, що замовник всупереч Закону не відхилив тендерну пропозицію учасника-переможця та уклав з ним договір, тоді як його пропозиція повинна була бути відхилена як така, що не відповідала умовам тендерної документації. Зокрема на вимогу документації замість сертифікатів відповідності та якості на маркірувальні (для нанесення дорожньої розмітки) матеріали, видані їх виробником, та оригіналу договору поставки, укладений з виробником матеріалів для розмітки доріг, учасником-переможцем були подані копії

інших документів, що стосуються господарських відносин учасника із виробником іншим аніж заявлений у його пропозиції.

Не погоджуючись з Висновком про результати моніторингу Держаудитслужби, зокрема у вказаній вище частині, Замовник оскаржив даний Висновок до суду.

Позиція Суду

Постановою Шостого апеляційного адміністративного суду від 21.07.2021 за Справою №620/6135/20 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/98490784>) **ОСТАТОЧНО ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і висновку ДАСУ**, а апеляційну скаргу замовника залишено без задоволення. Касаційна скарга не подавалася.

Судом було встановлено, що відповідно до умов, зазначених у додатку 5 тендерної документації Замовника, учасникам необхідно було надати документальне підтвердження відповідності матеріалів для розмітки доріг, які будуть використовуватися при наданні послуг за предметом закупівлі технічним вимогам, зокрема: сертифікати відповідності та якості на маркірувальні матеріали, оригінал договору поставки з виробником матеріалів для розмітки доріг.

Натомість, учасником-переможцем були подані копії інших документів, що стосуються господарських відносин учасника із іншим виробником аніж заявлений у тендерній пропозиції.

СТАТТЯ 25. «ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ТЕНДЕРНОЇ ПРОПОЗИЦІЇ/ПРОПОЗИЦІЇ»

Справа 1

Чи може вважатися тендерне забезпечення таким, що відповідає умовам тендерної документації, якщо фактична форма його подання і підтвердження (наприклад, через скан банківської гарантії, лист банка-гаранта тощо) відрізняється від форми, встановленій у тендерній документації, а саме -- у формі електронного документу з електронно-цифровим підписом, який є доступним для перегляду та перевірки без необхідності використання окремого програмного продукту?

Обставини справи

АМКУ, за результатами розгляду скарги учасника (Товариство 1) процедури відкритих торгів, рішенням Постійно діючої адміністративної колегії з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель від 13 вересня 2017 року №6355-р/пк-пз (<https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2017-07-07-001076-b>) зобов'язав замовника скасувати рішення про визначення Товариства 2 переможцем, оскільки його пропозиція не відповідала умовам тендерної документації. Однією з невідповідностей пропозиції Товариства 2 (переможець), на думку АМКУ, була подання тендерного забезпечення з некоректним електронно-цифровим підписом, формат якого не відповідав умовам тендерної документації.

Товариство 2 (переможець), не погоджуючись з вказаним рішенням АМКУ як Органу оскарження, оскаржило його до суду.

Позиція Суду

Постановою ВЕРХОВНОГО СУДУ (як Касаційний адміністративний суд) від 26.03.2020 у справі №826/13260/17 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/88431179>) **ОСТАТОЧНО ПІДТВЕРДЖЕНО** правомірність позиції і рішення АМКУ.

Суд підтвердив обґрунтованість висновків Органу оскарження про те, що якщо тендерною документацією прямо встановлено вимоги до банківської гарантії, що подається у складі тендерної пропозиції, зокрема, що вона подається у формі електронного документу з електронно-цифровим підписом, який є доступним для перегляду та перевірки без необхідності використання окремого програмного продукту – саме в такій формі і повинно подаватися тендерне забезпечення. Інші форми за такої вимоги означитимуть невідповідність умовам щодо забезпечення, що імперативно зумовлює відхилення такої тендерної пропозиції учасника відповідно до абзацу 5 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону.

Така ж позиція закріплена в іншій справі щодо оскарження іншого рішення АМКУ від 13 вересня 2017 року № 6346-р/пк-пз, а саме – Постанова ВЕРХОВНОГО СУДУ від 11.02.2020 у справі №826/13324/17 до апеляційної скарги (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/87516437>).

Справа 2

Чи потрібно вносити зміни до тендерного забезпечення у разі внесення змін до тендерної документації та відповідно чи підлягає відхиленню пропозиція з незмінним забезпеченням, виданим щодо первісної версії документації, до якої згодом були внесені зміни?

Обставини справи

АМКУ, за результатами розгляду скарги учасника (Товариство 1) процедури відкритих торгів, рішенням Постійно діючої адміністративної колегії з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель від 02.10.2020 №18551-р/пк-пз (<https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2020-07-14-001777-a>) зобов'язав Замовника скасувати рішення про допущення до аукціону пропозицій 3-х інших учасників як таких, що не відповідають вимогам тендерної документації. Ключовою невідповідністю пропозицій цих 3-х учасників, на думку АМКУ, було подання тендерного забезпечення, оформленого з посиланням на первісну редакцію тендерної документації, тоді як до неї згодом вносились зміни і відповідно необхідно було оновити посилання у тендерних забезпеченнях (внести зміни або переоформити) на оновлену тендерну документацію Замовника.

Замовник, не погоджуючись з вказаним рішенням АМКУ як Органу оскарження, оскаржив його до суду.

Позиція Суду

Постановою ШОСТОГО АПЕЛЯЦІЙНОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ від 11.08.2021 № 640/28053/20 до апеляційної скарги (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/98920521>) **ОСТАТОЧНО підтверджено** правомірність позиції і рішення АМКУ. Верховним Судом в Ухвалі від 04.10.2021 відмовлено в розгляді касаційної скарги (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/100124055>).

Суд підтвердив обґрунтованість висновків Органу оскарження про те, що тендерна документація замовника саме в останній редакції (після всіх можливих змін) на момент завершення строку подання пропозицій є тим документом, з якого виникають базові відносини між банком-гарантом та принципалом, в частині надання банківської гарантії як тендерного забезпечення.

Таким чином, у разі внесення Замовником змін до тендерної документації -- учасникам торгів, які вже на цей момент оформили тендерне забезпечення та подали його у складі своєї тендерної пропозиції, теж необхідно вносити зміни у своє тендерне забезпечення. В іншому випадку, тендерні пропозиції без оновленого тендерного забезпечення та без посилання на змінену остаточну редакцію тендерної документації, підлягатимуть відхиленню як невідповідні вимогам оновленої тендерної документації.

З цього рішення також логічно слідує висновок, що учасники, які подаватимуть пропозиції після внесення змін до тендерної документації, мають оформлювати тендерне забезпечення з посиланням саме на остаточну (змінену) редакцію тендерної документації.

СТАТТЯ 26. «ПОРЯДОК ПОДАННЯ ТЕНДЕРНИХ ПРОПОЗИЦІЙ/ПРОПОЗИЦІЙ»

Справа 1

Чи правомірно відхилити тендерну пропозицію учасника-юридичної особи, яка підписана кваліфікованим електронним цифровим підписом (КЕП) з ідентифікаційним кодом фізичної особи-підписанта замість КЕП з кодом ЄДРПОУ юридичної особи-учасника?

Обставини справи

АМКУ, за результатами розгляду скарги учасника (Товариство 1) процедури відкритих торгів, рішенням Постійно діючої адміністративної колегії з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель АМКУ №3867-р/пк-пз від 28.02.2020 р. (<https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2019-11-29-000502-b>) відмовив скаржнику (Товариство) у задоволенні його скарги. Одним з незадоволених аргументів відхиленої скарги, на думку АМКУ, було те, що тендерна пропозиція Товариства була правомірно відхилена Замовником на підставі іншого рішення АМКУ за результатами розгляду скарги іншого учасника оскаржуваної процедури закупівлі як така, що не відповідала вимогам тендерної документації в частині підписання тендерної пропозиції. А саме - тендерна пропозиція Товариства була підписана власним КЕП фізичної особи-керівника Товариства-юридичної особи, натомість документація Замовника передбачала, що пропозиції повинні підписуватись КЕП саме від імені учасника торгів-юридичної особи.

Товариство, не погоджуючись з вказаним рішенням АМКУ як Органу оскарження, оскаржило його до суду.

Позиція Суду

Постановою ШОСТОГО АПЕЛЯЦІЙНОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ від 03.03.2021 у справі № 640/6731/20 до апеляційної скарги (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/95310896>) **ОСТАТОЧНО ПІДТВЕРДЖЕНО** правомірність позиції і рішення АМКУ. Касаційна скарга не подавалася.

Суд встановив, що в протоколі перевірки КЕП пропозиції Товариства (скаржника і позивача) зазначено власний ідентифікаційний код фізичної особи-підписанта, а не код ЄДРПОУ Товариства як учасника торгів-юридичної особи, що вимагалось тендерною документацією. Отже, накладений підпис (КЕП) було накладено **НЕ** від імені учасника торгів, що не відповідало умовам тендерної документації.

Справа 2

Чи правомірно відхилити тендерну пропозицію учасника, яка була подана з накладанням на неї електронної печатки але без накладання КЕП (кваліфікованого електронного підпису)?

Обставини справи

АМКУ, за результатами розгляду скарги учасника (Товариство 1) процедури відкритих торгів, рішенням Постійно діючої адміністративної колегії з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель від 17.03.2020 №5115-р/пк-пз (<https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2020-01-23-001111-a>) зобов'язав Замовника відмінити процедуру закупівлі у зв'язку з неможливістю виправити виявлені порушення. Зокрема це стосувалося невідхилення пропозиції переможця торгів (Товариство), яка не відповідала вимогам тендерної документації та мала бути відхилена, а саме – на пропозицію було накладено лише електронну печатку та **НЕ** накладено кваліфікованого електронного підпису.

АМКУ наголосив у своєму рішенні, що згідно з тендерною документацією Замовника пропозиція подається учасником закупівлі з урахуванням вимог Закону України "Про електронні довірчі послуги" та повинна містити накладений саме електронний підпис уповноваженої особи учасника закупівлі. У свою чергу, Закон України "Про електронні довірчі послуги" у частині 1 статті 1 розрізняє поняття «електронна печатка» та «електронний підпис», а ці поняття не взаємозамінні та використовуються в залежності від особи підписувача. Тобто, фізична особа до електронних документів додає електронний підпис, а фізична особа-підприємець або юридична особа додає електронний підпис та, за наявності, електронну печатку.

Товариство, не погоджуючись з вказаним рішенням АМКУ як Органу оскарження, оскаржило його до суду.

Позиція Суду

Рішенням ОКРУЖНОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ міста КИЄВА від 20.04.2021 640/7447/20 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/96417560>) **ОСТАТОЧНО ПІДТВЕРДЖЕНО** правомірність позиції і рішення АМКУ. Апеляція не подавалась.

Судом у висновках рішення процитовано застосовні положення ст. 18 Закону України «Про електронні довірчі послуги, згідно яких кваліфікований електронний підпис має презумпцію його відповідності власноручному підпису особи, а кваліфікована електронна печатка має презумпцію цілісності електронних даних і достовірності походження електронних даних, з якими вона пов'язана.

При цьому, накладення печатки, у тому числі електронної, не є обов'язковим реквізитом правочину, проте, може бути застосований за наявності. Таким чином, НЕ накладення

електронного підпису уповноваженої особи Товариства тендерну пропозицію, з урахуванням накладення електронної печатки Товариства є свідченням порушення ним вимог тендерної документації.

Таким чином, пропозиція Товариства підлягала відхиленню згідно Закону.

СТАТТЯ 27. «ЗАБЕЗПЕЧЕННЯ ВИКОНАННЯ ДОГОВОРУ ПРО ЗАКУПІВЛЮ»

Чи може вважатися порушенням зазначення переможцем торгів у банківській гарантії у складі його пропозиції двох рахунків для зарахування забезпечення виконання договору, тоді як у тендерній документації вимога про забезпечення виконання договору у вигляді банківської гарантії передбачала зазначення лише одного рахунку?

Обставини справи

Держаудитслужбою, за результатами моніторингу процедури закупівлі, були встановлені порушення законодавства про публічні закупівлі та у Висновку про результати моніторингу від 07.02.2020 (<https://prozorro.gov.ua/print/tenders/UA-2020-06-19-004329-b/monitorings/968e8f36e2c540fd9418843a599bf0ea/conclusion/pdf>) Держаудитслужба зобов'язала Замовника усунути виявлені порушення, зокрема припинити виконання зобов'язань за укладеним договором. Одне з порушень, на думку Держаудитслужби, полягало в тому, що замовник всупереч Закону не відхилив тендерну пропозицію учасника-переможця та уклав з ним договір, тоді як його пропозиція повинна була бути відхилена як така, що не відповідала умовам тендерної документації. Зокрема, учасник-переможець зазначив у своїй пропозиції додатковий казначейський рахунок, який згідно тендерної документації замовника не є рахунком для зарахування коштів, які повинні бути внесені як гарантія виконання договору, у зв'язку з чим зазначення такого додаткового рахунку є порушенням умов тендерної документації.

Не погоджуючись з Висновком про результати моніторингу Держаудитслужби, зокрема у вказаній вище частині, Замовник оскаржив даний Висновок до суду.

Позиція Суду

Постановою Шостого апеляційного адміністративного суду від 21.07.2021 за Справою №620/6135/20 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/98490784>) **ОСТАТОЧНО ПІДТВЕРДЖЕНО** правомірність позиції і висновку органу Держаудитслужби, а апеляційну скаргу замовника залишено без задоволення. Касаційна скарга не подавалася.

Суд встановив, що в тендерній документації Замовником було чітко визначено конкретні реквізити ОДНОГО рахунку для зарахування забезпечення виконання договору про закупівлю в конкретному банку (ПАТ Укресімбанк).

Однак, переможцем торгів було надано забезпечення виконання договору у вигляді банківської гарантії, в якій було зазначено ДВА рахунки – один такий як і в документації Замовника та ще один додатковий у Держказначействі. При цьому, Суд зауважив, що додатковий рахунок у Держказначействі НЕ є рахунком для зарахування коштів, внесених як гарантія виконання договору, а тому зазначення його в банківській гарантії учасника є безпідставним, що дає підстави визнавати банківську гарантію як НЕ надану.

Виходячи з цього, Суд підтримав обґрунтованість позиції і висновку органу Держаудитслужби про те, що замовник повинен був відхилити пропозицію переможця процедури закупівлі як такого, що не надав забезпечення виконаних договору про закупівлю згідно вимог тендерної документації.

СТАТТЯ 29. «РОЗГЛЯД ТА ОЦІНКА ТЕНДЕРНИХ ПРОПОЗИЦІЙ/ПРОПОЗИЦІЙ»

Чи правомірним є врахування змін до тендерної пропозиції на підставі листа учасника, направлено в паперовому вигляді після завершення кінцевого строку подання пропозицій, та допущення такого учасника до аукціону та оцінки пропозицій?

Обставини справи

Держаудитслужбою, за результатами моніторингу процедури закупівлі, були встановлені порушення законодавства про публічні закупівлі та у Висновку про результати моніторингу від 07.02.2020 (<https://prozorro.gov.ua/print/tenders/UA-2020-06-19-004329-b/monitorings/968e8f36e2c540fd9418843a599bf0ea/conclusion/pdf>) Держаудитслужба зобов'язала Замовника усунути виявлені порушення, зокрема припинити виконання зобов'язань за укладеним договором. Одне з порушень, на думку Держаудитслужби, полягало в тому, що замовник всупереч Закону не відхилив тендерну пропозицію одного з учасників, тоді як його пропозиція повинна була бути відхилена як така, що не відповідала умовам тендерної документації. Зокрема, даний учасник надав певні відсутні у його пропозиції відомості згодом після кінцевого строку подання тендерних пропозицій та у паперовому вигляді, при цьому в електронній системі закупівель зазначений лист не був оприлюднений.

Не погоджуючись з Висновком про результати моніторингу Держаудитслужби, зокрема у вказаній вище частині, Замовник оскаржив даний Висновок до суду.

Позиція Суду

Постановою Шостого апеляційного адміністративного суду від 21.07.2021 за Справою №620/6135/20 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/98490784>) **ОСТАТОЧНО ПІДТВЕРДЖЕНО** правомірність позиції і висновку органу Держаудитслужби, а апеляційну скаргу замовника залишено без задоволення. Касаційна скарга не подавалася.

Суд підтвердив, що Замовник вчинив порушення, прийнявши від учасника і врахувавши певні відсутні у його пропозиції відомості, які були надані після кінцевого строку подання тендерних пропозицій у паперовому вигляді, при цьому в електронній системі закупівель зазначений паперовий лист не був оприлюднений.

Слід зазначити, що Замовник помилково застосував до цієї ситуації випадок формальної помилки, натомість така дія замовника є порушенням частини 8 статті 12 Закону (щодо виключно електронного способу подання інформації під час проведення процедури закупівлі).

СТАТТЯ 31. «ВІДХИЛЕННЯ ТЕНДЕРНИХ ПРОПОЗИЦІЙ»

Справа 1

Чи правомірним є відхилення пропозиції учасника торгів, який є товариством з одним засновником (учасником) та не надав у складі пропозиції копію рішення загальних зборів учасників (засновників) товариства, яке дає право на підписання договору на суму наданої пропозиції?

Обставини справи

АМКУ, за результатами розгляду скарги учасника (Товариство 1) процедури відкритих торгів, рішенням Постійно діючої адміністративної колегії з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель №14080-р/пк-пз від 21.07.2020 (<https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2020-03-13-001299-b>) зобов'язав Замовника скасувати рішення про відхилення пропозиції скаржника (Товариства 1) та рішення про визначення переможця торгів (Товариство 2), пропозиція якого не відповідала вимогам тендерної документації та повинна була відхилена.

Замовник, не погоджуючись з вказаним рішенням АМКУ як Органу оскарження, оскаржив його до суду.

Позиція Суду

Постановою ШОСТОГО АПЕЛЯЦІЙНОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ від 10.02.2022 у справі № 640/19683/20 до апеляційної скарги (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/103230490>) **ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і рішення АМКУ.** Касаційна скарга не подавалася.

Суд підтвердив обґрунтованість висновків Органу оскарження про те, що Замовник неправомірно відхилив пропозицію Товариства 1, у складі якої була відсутня копія рішення загальних зборів учасників (засновників) товариства, яке дає право на підписання договору на суму наданої пропозиції.

Неправомірність відхилення пропозиції у цьому випадку пояснюється тим, що Товариство 1 у розумінні Закону України "Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю" є товариством з одним учасником (засновником), тому згідно статті 37 цього Закону у такому товаристві рішення з питань, що належать до компетенції загальних зборів учасників, приймаються таким учасником-засновником товариства одноособово та оформлюються його письмовим рішенням. Відповідно до товариства з одним учасником не застосовуються положення статей 32-36 цього Закону (порядок скликання загальних зборів учасників товариства; проведення загальних зборів учасників; прийняття рішень загальними зборами учасників з питань порядку денного; заочне голосування; рішення загальних зборів учасників, прийняте шляхом опитування). Тому в силу таких приписів закону у Товариства 1 не могло бути рішення загальних зборів учасників (засновників) товариства, відсутність якого Замовник необґрунтовано використав для відхилення пропозиції Товариства 1.

Справа 2

Чи повинен замовник відхилити тендерну пропозицію у разі відсутності в ній розрахунку договірної ціни робіт, зокрема кошторисів з обов'язковим розрахунком застосованих у кошторисах коефіцієнтів?

Обставини справи

Держаудитслужбою, за результатами моніторингу процедури закупівлі, були встановлені порушення законодавства про публічні закупівлі та у Висновку про результати моніторингу від 10.02.2022 (<https://prozorro.gov.ua/print/tenders/UA-2019-09-19-002534-b/monitorings/200add491920434c91d07d78c8ab6d67/conclusion/pdf>) Держаудитслужба зобов'язала Замовника усунути виявлені порушення, зокрема вжити заходів до розірвання договору.

Одне з порушень, на думку Держаудитслужби, полягало в тому, що замовник всупереч Закону не відхилив тендерну пропозицію переможця, тоді як його пропозиція повинна була бути відхилена як така, що не відповідала умовам тендерної документації. Зокрема, всупереч підпункту 2 пункту 1 розділу III тендерної документації учасником торгів у складі тендерної пропозиції НЕ надано в електронному вигляді в форматі PDF підтверджуючі розрахунки за статтями витрат договірної ціни (що було обов'язковою умовою тендерної документації Замовника) у відповідності до Державних будівельних норм (ДСТУ Б Д.1.1-1:2013), зокрема щодо розрахунку №1-2 Загальновиробничі витрати, розрахунок №5 Кошторисний прибуток тощо.

Не погоджуючись з Висновком про результати моніторингу Держаудитслужби, зокрема у вказаній вище частині, Замовник оскаржив даний Висновок до суду.

Позиція Суду

Рішенням Львівського окружного адміністративного суду 20 жовтня 2020 року за справою № 380/1501/20 <https://reyestr.court.gov.ua/Review/92325425> **ОСТАТОЧНО ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і висновків ДАСУ** у цій частині.

Ухвалою Восьмого апеляційного адміністративного суду від 08 грудня 2020 року апеляційну скаргу залишено без руху у зв'язку з невідповідністю апеляційної скарги вимогам статті 296 Кодексу адміністративного судочинства України (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/93367373>).

Суд встановив, що замовник всупереч Закону не відхилив та допустив до аукціону дві тендерні пропозиції двох учасників, які повинні були бути відхиленими через невідповідність вимогам тендерної документації, зокрема в частині однакової відсутності в обох пропозиціях розрахунків за статтями витрат запропонованої ціни робіт як вимагалось тендерною документацією. Цікаво, що саме ці дві неправомірно невідхилених пропозицій були визнані відповідно найкращою та другою кращою за результатами аукціону, проте номінальний початковий переможець відмовився від укладення договору, тому договір було укладено з наступним учасником з другою кращою пропозицією, яка при цьому теж повинна була бути відхилена через відсутність розрахунків за статтями витрат запропонованої ціни робіт, як це вимагалось тендерною документацією.

Слід зазначити, що згідно даних ідентифікатора оспорюваної закупівлі (<https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2019-09-19-002534-b>) щодо цих двох учасників були згодом прийняті рішення щодо їх участі в антиконкурентних узгоджених діях (змовах) відповідно до Закону України «Про захист економічної конкуренції»

Суд також окремо підтвердив факт порушення замовником частини 1 статті 10 Закону, оскільки замовником в електронній системі закупівлі **не було оприлюднено усіх розрахунків до договірної ціни укладеного та оприлюдненого договору, тобто замовник в порушення Закону не оприлюднив окремі складові додатків до укладеного договору**, які є невід'ємною його частиною, а саме: розрахунок № 6 Кошти на покриття адміністративних витрат будівельних організацій.

СТАТТЯ 32. «ВІДМІНА ТЕНДЕРУ ЧИ ВИЗНАННЯ ТЕНДЕРУ ТАКИМ, ЩО НЕ ВІДБУВСЯ»

Справа 1

Чи може замовник на власний розсуд та з посиланням на пункт 1 частини 1 статті 32 Закону (відсутність подальшої потреби) відмінити торги після визначення переможця чи, натомість, зобов'язаний укласти договір?

Обставини справи

Товариство, як учасник процедури закупівлі, звернулося до Господарського суду з позовом до Замовника про скасування його рішення щодо відміни торгів, у яких Товариство було визнано переможцем, і про зобов'язання Замовника укласти договір з Товариством як переможцем неправомірно відмінених торгів.

Позовні вимоги Товариства були мотивовані тим, що рішення Замовника про відміну процедури закупівлі є незаконним та підлягає скасуванню, оскільки визначення Товариства як переможця процедури закупівлі та направлення йому повідомлення про намір укласти договір свідчить про прийняття (акцепт) пропозиції Товариства, а, отже, процедура закупівлі фактично завершується прийняттям замовником рішення про намір укласти договір, і після опублікування повідомлення про намір укласти договір не може бути відмінена або визнана такою, що не відбулася, у зв'язку з чим договір на закупівлю є укладеним.

Суди першої та апеляційної інстанції підтримали позовні вимоги Товариства. Замовник подав касаційну скаргу до Верховного Суду.

Позиція Суду

Постановою Верховного суду від 10 вересня 2020 року у справі № 904/4036/18 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/91466017>) **ОСТАТОЧНО ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність** висновків судів нижчих інстанцій та аргументації Товариства про те, що з моменту визначення переможця торгів та встановлення відповідності пропозиції такого учасника процедури закупівлі вимогам тендерної документації та вимогам Закону України «Про публічні закупівлі», неможливо відмінити процедуру закупівлі у порядку, передбаченому в пункті 1 частини першої статті 31 Закону про публічні закупівлі (у чинній редакції Закону це ідентичне положення в пункті 1 частини першої статті 32 Закону).

Зокрема, Суд підтримав і остаточно зафіксував правову позицію у рішенні апеляційної інстанції (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/90360744>) про те, що «..викладена у ч. 2 ст. 32 (зараз це частина 6 ст.33 чинної редакції Закону – прим. ред.) Закону про публічні закупівлі конструкція "**Замовник укладає**", а не "**Замовник має право укласти**" свідчить, що дана норма покладає саме обов'язок і саме на Замовника укласти договір, проект та істотні умови якого вже узгоджені сторонами, з переможцем торгів не пізніше ніж через 20 днів з дня прийняття рішення про намір укласти договір про закупівлю.

Єдиними підставами не підписання договору є дії або бездіяльність саме Учасника торгів, а не Замовника: відмова переможця торгів від підписання договору про закупівлю відповідно до вимог тендерної документації, неукладення договору про закупівлю з вини учасника у строк, визначений цим Законом, або ненадання переможцем документів, що підтверджують відсутність підстав, передбачених статтею 17 цього Закону.».

Справа 2

Чи може замовник на власний розсуд та з посиланням на пункт 2 частини 5 статті 32 Закону (скорочення видатків) визнати тендер таким, що не відбувся після визначення переможця?

Обставини справи

Товариство, як учасник процедури закупівлі, звернулося до Господарського суду з позовом до Замовника про стягнення збитків у вигляді неодержаного прибутку. Позовні вимоги Товариства були мотивовані тим, що за результатами процедури закупівлі, найбільш економічно вигідною була визнана пропозиція Товариства, а в електронній системі закупівель було оприлюднено повідомлення Замовника про намір укласти договір про закупівлю з Товариством як переможцем аукціону. Однак, після направлення Товариством на адресу Замовника підписаних примірників договорів, Замовник, із порушенням на думку Товариства вимог Закону про публічні закупівлі та Цивільного кодексу України, відмінив торги. Внаслідок таких протиправних, на думку Товариства, дій Замовника Товариство не одержало прибуток, на який розраховувало, що, відповідно до статей 22 та 1166 Цивільного кодексу України, є підставою для стягнення збитків (упущеної вигоди).

Суди першої та апеляційної інстанції підтримали позовні вимоги Товариства. Замовник подав касаційну скаргу до Верховного Суду.

Позиція Суду

Постановою Верховного Суду від 23.10.2019 у справі № 909/190/18 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/85393909>) було **ОСТАТОЧНО ПІДТВЕРДЖЕНО**, що з моменту визначення переможця торгів та встановлення відповідності пропозиції такого учасника процедури закупівлі вимогам тендерної документації та вимогам Закону України «Про публічні закупівлі», **неправомірно** визнавати тендер таким, що не відбувся у порядку, передбаченому в абз.4 ч.2 ст.31 Закону про публічні закупівлі. Абзац 4 частини 2 статті 31 редакції Закону, яка діяла до 19 квітня 2020 року та правомірність застосування якої розглядалася Верховним Судом, аналогічний за змістом пункту 2 частини 5 статті 32 чинної редакції Закону.

У своєму рішенні Суд також звернув увагу, що неодноразові зміни до річного плану закупівлі, які можуть збільшувати або зменшувати обсяг існуючих закупівель або додавати нові закупівлі чи вилучати попередні, не є достатнім доказом скорочення видатків на закупівлю.

Верховний Суд також остаточно підтримав рішення попередніх інстанцій про стягнення з Замовника збитків (упущеної вигоди) Товариства згідно коректно розрахованої суми таких збитків.

СТАТТЯ 40. «УМОВИ ЗАСТОСУВАННЯ ПЕРЕГОВОРНОЇ ПРОЦЕДУРИ ЗАКУПІВЛІ»

Справа 1

Чи вважається випадок відміни торгів двічі внаслідок «допущення до оцінки менше двох пропозицій» у процедурі відкритих торгів (на підставі пункту 2 частини 2 статті 32 -- у разі якщо оголошення про проведення відкритих торгів оприлюднено

відповідно до частини третьої статті 10 цього Закону) належною підставою для застосування переговорної процедури закупівлі відповідно до пункту 1 частини 2 статті 40 Закону («двічі відмінено процедуру відкритих торгів... через відсутність достатньої кількості тендерних пропозицій»)?

Обставини справи

За результатами контрольних заходів органу Держаудитслужби було встановлено порушення законодавства про публічні закупівлі та за рішенням місцевого суду притягнуто до адміністративної відповідальності посадову особу-голову тендерного комітету Замовника згідно статті 164-14 Кодексу про Адміністративні правопорушення. Порушення, на думку органу Держаудитслужби, полягало в тому, що з вини посадової особи було неправомірно застосовано переговорну процедуру закупівлі послуг без наявних підстав, передбачених п.1 ч.2, а саме – Замовником застосував підставу про двічі відмінено процедуру відкритих торгів через відсутність достатньої кількості тендерних пропозицій, визначеної законом, натомість у цьому випадку попередні торги були двічі відмінені через допущення до оцінки менше двох пропозицій.

Місцевий суд, як суд першої інстанції, підтвердив факт порушення та правомірність притягнення посадової особи до адміністративної відповідальності у вигляді штрафу на підставі протоколу органу Держаудитслужби.

Посадова особа, не погоджуючись з рішенням першої інстанції, оскаржила його в апеляційній інстанції, яка є остаточною для даної категорії справ..

Позиція Суду

Постановою Волинського апеляційного суду від 20 грудня 2021 року у справі № 161/14284/21 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/102065808>) **ОСТАТОЧНО ВСТАНОВЛЕНО**, що випадок відміни торгів двічі внаслідок «допущення до оцінки менше двох пропозицій» (на підставі пункту 2 частини 2 статті 32 – ред.) у процедурі відкритих торгів **НЕ** є належною підставою для застосування переговорної процедури закупівлі відповідно до пункту 1 частини 2 статті 40.

Таким чином, Суд підтвердив зміст відповідних норм Закону, які розрізняють різні причини для відміни торгів, перелічені у частині статті 32 Закону, проте у контексті можливості застосування переговорної процедури згідно з пунктом 1 частини 2 статті 40 передбачають лише одну можливу підставу для застосування переговорної процедури – виключно випадок пункту 1 частини статті 32 Закону, коли на участь в тендері двічі було подано одну пропозицію чи пропозицій взагалі не надійшло і тому ЄСЗ автоматично відмінила такі торги – тобто лише у цьому випадку замовник має право застосувати переговорну процедуру за цією підставою.

Таким чином, інші випадки повторної відміни торгів чи визнання їх недійсними замовником, передбачені статтею 32 Закону, **НЕ** можуть бути підставами для застосування переговорної процедури закупівлі.

Справа 2

Чи достатньо для підтвердження та обґрунтування підстави для застосування переговорної процедури закупівлі згідно абзацу 2 пункту 3 частини 2 статті 40 Закону (виникнення особливих економічних чи соціальних обставин, пов'язаних з негайною ліквідацією наслідків надзвичайних ситуацій, що унеможливають дотримання замовником строків для проведення тендера) наявності рішення

місцевої комісії з питань техногенно-екологічної безпеки та надзвичайних ситуацій про надання певній ситуації попередньої кваліфікації як надзвичайної ситуації соціального характеру місцевого рівня?

Обставини справи

АМКУ, за результатами розгляду скарги ФОП-1, рішенням Постійно діючої адміністративної колегії з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель від 10.04.2018 №3291-п/пк-пз (https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2018-03-14-001632-a?lot_id=26f7c54a8809483cabcac2f76b2b14ad#lots) зобов'язав Замовника відмінити переговорну процедуру закупівлі послуг харчування. Орган оскарження у своєму рішенні виходив з того, що замовник не обґрунтував і документально не підтвердив наявність підстав для проведення вказаного виду процедури закупівлі, зокрема не підтвердив належну обґрунтованість випадку, зазначеного у Законі та на який посилався Замовник, щодо виникнення особливих економічних чи соціальних обставин, пов'язаних з негайною ліквідацією наслідків надзвичайних ситуацій, що унеможливають дотримання замовником строків для проведення тендера.

В аргументації свого рішення Орган оскарження послався на Порядок класифікації надзвичайних ситуацій за їх рівнями (затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 24.03.2004 №368), згідно якого остаточне рішення щодо визначення рівня надзвичайної ситуації приймає ДСНС лише з урахуванням експертного висновку (за наявності) регіональної комісії з питань техногенно-екологічної безпеки та надзвичайних ситуацій. Відповідно саме остаточне рішення (експертний висновок) ДСНС є підставою для здійснення інших заходів щодо реагування на надзвичайну ситуацію відповідно до законодавства (пункт 11 вказаного Порядку класифікації надзвичайних ситуацій). Натомість, Замовник у своєму обґрунтуванні для застосування переговорної процедури закупівлі послався саме на експертний висновок регіональної комісії з питань техногенно-екологічної безпеки та надзвичайних ситуацій, помилково вважаючи його достатнім у контексті випадку для дозволеного Законом застосування переговорної процедури згідно **абзацу 2 пункту 3 частини 2 статті 40 Закону** (виникнення особливих економічних чи соціальних обставин, пов'язаних з негайною ліквідацією наслідків надзвичайних ситуацій, що унеможливають дотримання замовником строків для проведення тендера).

Замовник, не погоджуючись з вказаним рішенням АМКУ як Органу оскарження, оскаржив його до суду.

Позиція Суду

Постановою ВЕРХОВНОГО СУДУ (як Касаційний адміністративний суд) від 15.07.2021 у справі №826/7367/18 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/98367810>) **ОСТАТОЧНО ПІДТВЕРДЖЕНО** правомірність позиції і рішення АМКУ.

Крім підтвердження правомірності судження та висновків оспорюваного рішення Органу оскарження, Суд також зазначив, що не тільки Замовник, але й суди попередніх інстанцій помилково ототожили рішення комісії з питань техногенно-екологічної безпеки та надзвичайних ситуацій районної у місті держадміністрації про надання певній ситуації попередньої кваліфікації як надзвичайної ситуації соціального характеру місцевого рівня із рішенням уповноважених органів (місцевої державної адміністрації та ДСНС) про оголошення (введення режиму) надзвичайної ситуації і визначення її рівня.

СТАТТЯ 41. «ОСНОВНІ ВИМОГИ ДО ДОГОВОРУ ПРО ЗАКУПІВЛЮ ТА ВНЕСЕННЯ ЗМІН ДО НЬОГО»

Справа 1

Чи є обґрунтованим позов про визнання недійсним договору про закупівлю, якщо такий позов подано учасником відповідної процедури закупівлі, пропозиція якого була відхилена і який не скористався правом на оскарження в Органі оскарження?

Обставини справи

Приватне Підприємство, як учасник процедури закупівлі, звернулося до Господарського суду з позовом до Замовника про визнання недійсними результатів процедури закупівлі та відповідно укладеного договору з іншим учасником-переможцем торгів.

Позовні вимоги Підприємства були мотивовані тим, що, на його думку, процедура закупівлі відбулася з порушеннями вимог Закону України, а тендерна пропозиція переможця повинна була бути відхилена як така, що не відповідає умовам тендерної документації. Відповідно визнання недійсними результатів процедури закупівлі є підставою для недійсності укладеного за наслідками такої процедури договору.

Суди першої та апеляційної інстанції **НЕ** підтримали позовні вимоги Підприємства та відмовили у задоволенні його позову.

У зв'язку з цим, Підприємство подало касаційну скаргу до Верховного Суду.

Позиція Суду

Постановою Верховного Суду (як Касаційного господарського суду) України від 12 серпня 2021 року у справі № 906/906/20 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/98971162>) **ОСТАТОЧНО** підтримав позиції нижчих інстанцій про **НЕобґрунтованість** такого позову Підприємства та **ОСТАТОЧНО ВІДМОВИВ** у задоволенні касаційної скарги.

Суд підтвердив правомірність аргументації судів нижчого рівня щодо того, що Підприємство не скористалось 2 доступними для захисту його прав способами – оскарження процедури закупівлі в Органі оскарження та судове оскарження рішення Органу оскарження, яке стосувалось прав та інтересів Підприємства, натомість Підприємство звернулось до суду з позовом про невідповідність тендерної документації інших учасників тендеру та визнання недійсним процедури закупівлі і договору. Такими діями Підприємство як позивач не довело, яке саме його право було порушено, за захистом якого він звернувся до суду, та як обраний ним захист (позовні вимоги) призведе до відновлення його права, зважаючи на те, що його виключено зі складу учасників, які мають право брати участь у даному тендері.

Отже, Суд зробив у підсумку висновок, що оскарження процедури закупівлі у суді Підприємством містить формальний характер, оскільки не призведе до відновлення порушеного (на думку скаржника) права та інтересу.

Аналогічна правова позиція Верховного Суду наведена у Постанові Верховного Суду (як Касаційного господарського суду) від 11 листопада 2021 року у справі № 910/11957/20 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/101401565>).

Дане рішення також важливо розрізняти за обставинами та змістом з іншим рішенням по іншій справі апеляційної інстанції (Постанова ШОСТОГО АПЕЛЯЦІЙНОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ від 15.07.2021 №640/29706/20, яке прокоментоване вище стосовно статті 1 і права на оскарження саме в АМКУ як Органі оскарження).

Справа 2

Як правильно розуміти розмір 10% допустимого Законом збільшення ціни на товар згідно пункту 2 частини 5 статті 41 Закону:

**– як максимально можливий розмір збільшення від початкової ціни товару,
-- чи як розмір для розрахунку при кожному збільшенні ціни на товар з огляду на чинну ціну на момент збільшення?**

Обставини справи

Прокурор Знам'янської місцевої прокуратури (далі – Прокурор) звернувся до суду з позовом в інтересах держави в особі Замовника щодо визнання недійсними додаткових угод до договору про закупівлю газу, укладеного між Замовником та Товариством-переможцем торгів як постачальником.

В обґрунтування позовних вимог Прокурор зазначив, що укладення додаткових угод не відповідає приписам Закону за якими максимальна межа для збільшення ціни товару становить 10% від початкової ціни, тоді як в результаті укладення оспорюваних додаткових угод ціна на газ збільшилася на 61% від початкової ціни, а обсяг поставленого газу істотно зменшився.

Товариство обґрунтовувало необхідність зміни ціни договору зростанням цін на газ. На підтвердження такого зростання надавало листи та фактографічні довідки Торгово-промислової палати України.

Суди першої та апеляційної інстанцій задовольнили позов прокурора повністю. Товариство звернулося з касаційною скаргою до Верховного Суду.

Позиція Суду

Постановою Верховного Суду від 04 серпня 2021 року у справі № 912/994/20 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/98789042>) ОСТАТОЧНО ВСТАНОВЛЕНО правову позицію, що **«... обмеження 10% застосовується як максимальний ліміт щодо зміни ціни, визначеної в договорі, незалежно від того, як часто відбуваються такі зміни (кількість підписаних додаткових угод).»**

У розвиток та пояснення цієї позиції Суд також зазначив, що **«інше тлумачення відповідної норми Закону нівелює, знецінює, робить непрозорою процедуру відкритих торгів.»**

Виходячи з цього, Суд даним рішенням визнав недійсними додаткові угоди з підвищеннями ціни сумарно на 61 %, зазначивши, що таке «каскадне» підвищення ціни призвело також до повного нівелювання результатів відкритих торгів.

В іншій постанові Верховного Суду від 27 липня 2021 року у справі № 922/2030/20 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/98645776>) окремо підкреслена необхідність та обов'язковість передбачити у договорі порядок зміни його умов для можливості застосування права на перегляд ціни згідно Закону.

Справа 3

Чи вважається лист постачальника і сторонньої організації з зазначенням загальної місячної ціни за певний місяць підтвердженням факту коливання ціни на товар для правомірного застосування пункту 2 частини 5 статті 41 Закону для укладення додаткової угоди про збільшення ціни на товар до 10%, дозволених цією нормою Закону?

Обставини справи

Прокурор Бахмацької місцевої прокуратури (далі – Прокурор) звернувся до суду з позовом в інтересах держави в особі територіального органу Держаудистлужби щодо визнання недійсною додаткової угоди до договору про закупівлю газу, укладеного між Замовником та Товариством-переможцем торгів як постачальником.

В обґрунтування позовних вимог Прокурор зазначив, що, при укладанні оспорюваної додаткової угоди до договору на постачання природного газу було порушено умови застосування підстави для внесення змін до договору згідно Закону, а саме: змінено ціну за одиницю товару у бік збільшення при відсутності відповідного коливання ціни такого товару на ринку, внаслідок чого безпідставно зменшено обсяги закупівлі.

Суди першої та апеляційної інстанцій задовольнили позов прокурора. Товариство звернулося з касаційною скаргою до Верховного Суду.

Позиція Суду

Постановою Верховного Суду (як Касаційного господарського суду) від 27 квітня 2021 року у справі № 927/685/20 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/96628657>) підтримано позиції судів нижчих інстанцій та прокурора, про те що такі листи **НЕ** є підтвердженням підстави для підвищення ціни за даною підставою Закону

Судом було зазначено у висновках рішення, що наданий Товариством лист з пропозицією укласти додаткову угоди містить лише загальну вартість газу за відповідний місяць без зазначення реального відсотку здорожчання такого товару, проте така вартість сама по собі не є доказом підвищення ціни на природний газ, як станом на початок періоду застосування нової запропонованої ціни, так і на момент звернення до Замовника з листом про укладення додаткової угоди.

Тобто Товариство не надало доказів наявності саме коливання ціни на ринку на природний газ у відсотковому співвідношенні до ринкової вартості газу на момент укладення договору, тому у сторін договору не було підстав для збільшення ціни договору на підставі Закону.

Виходячи з викладеного, Суд підтвердив правомірність висновків судів попередніх інстанцій про те, що зміни, внесені до основного договору оспорюваною додатковою угодою є такими, що суперечать приписам Закону, що відповідно зумовлює визнання цієї додаткової угоди недійсною у порядку статей 203, 215 ЦК України.

Справа 4

Чи обґрунтований позов виконавця (постачальника) щодо внесення змін у договір для подовження строків його виконання, якщо на думку виконавця мала місце істотна зміна обставин, у підтвердження чого виконавець (постачальник) посилається на висновок Торгово-промислової палати?

Обставини справи

З даного питання є декілька подібних справ, розглянутих Верховним Судом. Універсальна фабула полягає в тому, що контрагенти-виконавці (постачальники) за договорами про закупівлю зверталися до суду з позовами до відповідних замовників з спонуканням щодо внесення змін до договорів в частині подовження строку поставки (виконання). Такі позови обґрунтовувались тим, що під час виконання умов договору, на думку їх виконавців, виникли об'єктивні документально підтверджені висновками

Торгово-промислової палати обставини, які унеможливили виконання ними зобов'язань за договором. Тому, за твердженням позивачів-виконавців договорів, наявні підстави для внесення змін до договору (в частині подовження строку поставки) відповідно до пункту 4 частини 5 статті 41 Закону (*зазначене посилання згідно чинної редакції Закону – ред.*).

Позиція Суду

Постановами Верховного Суду (як Касаційного господарського суду) від 08.12.2020 у справі № 910/11888/19 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/93498735>), від 25.03.2021 у справі № 910/15132/19 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/95841649>) та від 26 жовтня 2021 року у справі № 910/18402/20 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/100843601>) закріплені наступні правові позиції щодо **НЕобґрунтованості** таких позовів виконавців.

Висновки Верховного Суду у цих подібних справах зафіксували таку правову позицію:

- ✓ Зміна договору за рішенням суду на вимогу заінтересованої сторони внаслідок істотної зміни обставин відповідно до статті 652 Цивільного кодексу України можлива лише у разі дотримання **ВСІХ 4 умов** частини 2 цієї статті ЦКУ, а саме:
 - 1) в момент укладення договору сторони виходили з того, що така зміна обставин не настане;
 - 2) зміна обставин зумовлена причинами, які заінтересована сторона не могла усунути після їх виникнення при всій турботливості та обачності, які від неї вимагалися;
 - 3) виконання договору порушило б співвідношення майнових інтересів сторін і позбавило б заінтересовану сторону того, на що вона розраховувала при укладенні договору;
 - 4) із суті договору або звичаїв ділового обороту не випливає, що ризик зміни обставин несе заінтересована сторона.
- ✓ Закон України "Про торгово-промислові палати в Україні" **НЕ містить** положень щодо наявності у Торгово-промислової палати повноважень з видачі висновків на підтвердження істотної зміни обставин.
- ✓ Порушення контрагентом позивача своїх зобов'язань за договором поставки за своєю природою не є об'єктивними обставинами, які унеможливають належне (своєчасне) виконання зобов'язання постачальником товару, а мають характер звичайних ризиків підприємницької діяльності. та могли бути ним передбачені при укладенні договору.

Таким чином та за таких обставин, Суд зафіксував відсутність підстави для внесення змін у договори з метою подовження строку їх виконання у зв'язку з неналежним (невчасним) виконанням договірних зобов'язань постачальника (виконавця).

Проте, при застосування даної позиції Верховного Суду, важливо розрізняти відмінність ситуації «істотної зміни обставин» (стаття 652 ЦКУ) від іншої ситуації «обставин непереборної сили» (стаття 617 ЦКУ), за якої форс-мажорні обставини (правомірно зафіксовані Торгово-промисловою палатою, уповноваженою на це законом) призупиняють виконання договірних зобов'язань до завершення таких обставин.

Справа 5

Чи обґрунтований позов виконавця (постачальника) щодо внесення змін у договір для підвищення ціни за одиницю товару, оскільки таке підвищення передбачене Законом?

Обставини справи

Товариство як постачальник за договором про закупівлю звернулося до суду з позовом до Замовника з спонуканням щодо внесення змін до договорів в частині збільшення ціни на товар. Позов обґрунтовувався тим, що у зв'язку з коливанням ціни на ринку, наявні підстави для підвищення ціни товару на 10%, шляхом внесення змін до договору відповідно до пункту 2 частини 5 статті 41 Закону (зазначене посилання згідно чинної редакції Закону – ред.).

Позиція Суду

Постановою Касаційного господарського суду Верховного Суду України від 26 жовтня 2021 року у справі № 920/692/20 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/100843530>) **ОСТАТОЧНО** закріплені правові позиції щодо **НЕобґрунтованості** такого роду позовів.

Верховний Суд остаточно резюмував, що зміна істотних умов договору про закупівлю для збільшення ціни за одиницю товару, передбачена пунктом 2 частини 5 статті 41 Закону (зазначене посилання згідно чинної редакції Закону – ред.), є **правомірною виключно за таких умов:**

- 1) така зміна відбувається за згодою сторін;
- 2) порядок зміни умов договору має бути визначений наперед самим договором та відповідно до проекту, який входив до тендерної документації;
- 3) підстава збільшення ціни – факт коливання ціни такого товару на ринку, який повинен обґрунтовано і документально підтверджуватись постачальником;
- 4) ціна за одиницю товару може збільшуватися не більше ніж на 10%;
- 5) загальна сума (ціна) договору не повинна збільшуватися.

Справа 6

Чи підлягають виконанню та чи є правомірними вимоги Держаудитслужби за результатами моніторингу процедур закупівель з використанням формулювання «розірвання договору»?

Обставини справи

Висновки за результатами низки проведених органами Держаудитслужби (наприклад, висновки від 10.02.2020 (<https://prozorro.gov.ua/print/tenders/UA-2019-09-19-002534-b/monitorings/200add491920434c91d07d78c8ab6d67/conclusion/pdf>) та від 04.02.2020 (<https://prozorro.gov.ua/print/tenders/UA-2019-12-18-002214-b/monitorings/d5e8bff84af946409db2f3a5b40b3509/conclusion/pdf>)) зазначали необхідність вжити заходів замовнику саме з формулюванням **щодо розірвання договору**. Замовники оскаржили відповідні висновки у судах, оскаржуючи як право органів Держаудитслужби вимагати саме розірвання договору, так і відсутність у висновках Держаудитслужби опису способу усунення виявлених порушень, зокрема щодо припинення договірних зобов'язань.

Позиція Суду

Окружний Адміністративний Суд Рішенням від 20 жовтня 2020 у справі № 380/1501/20 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/92325425#>) визнав протиправним та **СКАСУВАВ** зазначений вище висновок Західного офісу Держаудитслужби від 10.02.2020 № 51 про результати моніторингу закупівлі в частині зобов'язання замовника здійснити заходи щодо усунення виявлених порушень у спосіб розірвання договору відповідно до законодавства. Апеляційна скарга органу Держаудитслужби була відхилена відповідним апеляційним судом (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/93879082>).

У своєму рішенні Суд підкреслив, що згідно з пунктами 6 і 20 Положення про Державну аудиторську службу України (затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 3 лютого 2016 р. № 43) Держаудитслужба для виконання покладених на неї завдань має право питання саме про визнання недійсними договорів, укладених з порушенням законодавства.

Натомість нормативно-правовими актами безпосередньо не встановлено повноваження органів фінансового контролю зобов'язувати до розірвання господарського договору.

У свою чергу, згідно ст. 651 ЦК України зміна або розірвання договору допускається лише за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або законом. Договір може бути змінено або розірвано за рішенням суду на вимогу однієї із сторін у разі істотного порушення договору другою стороною та в інших випадках, встановлених договором або законом. Аналогічна норма ч. 1 ст. 188 ГК України теж стверджує, що зміна та розірвання господарських договорів в односторонньому порядку не допускаються, якщо інше не передбачено законом або договором.

Отже, господарський договір, у тому числі договір про закупівлю, може бути розірваний лише за згодою сторін або у судовому порядку. При цьому, законодавством не встановлено повноваження органів фінансового контролю зобов'язувати суб'єктів господарювання саме до розірвання господарського договору.

Суд окремо також зауважив, що зазначивши у висновку про необхідність вжити заходів саме про розірвання договору, яке не узгоджується з формулюваннями Положення про ДАСУ, орган Держаудитслужби також не визначив спосіб усунення виявлених під час моніторингу порушень (судовий або позасудовий), що свідчить про його нечіткість та невизначеність. Спонування позивача самостійно визначити на підставі невизначених норм, які саме заходи слід вжити для усунення виявлених порушень, в свою чергу, може призвести до нового можливого порушення позивачем чинного законодавства.

У контексті необхідності зазначати спосіб усунення виявлених порушень органами Держаудитслужби, також важливими для правозастосування є аналогічні правові позиції, викладені в постанові Верховного Суду від 10 грудня 2019 року в справі № 160/9513/18 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/86238931>) та у постанові Верховного Суду від 05.03.2020 року по справі № 640/467/19 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/88062082>).

Справа 7

Чи є Висновок Держаудитслужби про необхідність розірвання договору достатньою підставою для розірвання договору про закупівлю на вимогу Замовника у судовому порядку, зокрема після фактичного виконання договору?

Обставини справи

Згідно з Висновком Держаудитслужби було виявлено порушення Замовником абзацу четвертого пункту 2 частини другої статті 40 Закону щодо неправомірності застосування переговорної процедури закупівлі та зобов'язано Замовника усунути порушення законодавства шляхом розірвання Договору, укладеного за результатами цієї закупівлі. При цьому, на момент появи вказаного Висновку Держаудитслужби договір фактично був виконаний, залишаючись чинним -- на виконання умов Договору Виконавець передав, а Замовник без зауважень та заперечень прийняв обумовлені Договором послуги, що підтверджується відповідними актами приймання послуг. Однак, Замовник направив на адресу Виконавця лист про розірвання Договору за згодою сторін протягом 10 днів на підставі вказаного Висновку Держаудитслужби. Натомість, Виконавець доволі

прогнозовано своїм листом повідомив Замовника про відмову від розірвання Договору за згодою сторін. Замовник звернувся з позовом до суду про розірвання договору.

Позиція Суду

У Постанові ВЕРХОВНОГО СУДУ (як Касаційного господарського суду) від 18.10.2022 у справі № 911/2183/21 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/106827756>) **ОСТАТОЧНО** встановлено безпідставність розірвання договору за таких умов.

Суд, зокрема, зазначив, що Замовником як позивачем не було доведено наявності як усіх чотирьох умов, визначених частиною другою статті 652 ЦК України, так і власне наявності істотної зміни обставин як передумови для розірвання договору згідно частини першої статті 652 ЦК України. При цьому, наявність Висновку Держаудитслужби не може вважатися істотною зміною таких обставин та бути єдиною підставою для розірвання Договору за позовом Замовника.

()

Спірне питання (сформульоване для практичного розуміння і використання)	Позиція АМКУ за результатами розгляду скарг (за наявності)	Позиція ДАСУ по (за результатами моніторингу або контрольних заходів – за наявності)	Позиція суду із зазначенням остаточної інстанції судового рішення	Коментар (за потреби)
СТАТТЯ 1 (визначення)				
Статті 1 та 18 (право на оскарження) <i>Чи має право на оскарження (чи є належним скаржником) результатів оцінки та вибору переможця учасник, пропозицію якого було відхилено?</i>	Так, такий учасник є належним скаржником, оскільки у своїй скарзі оскаржує недотримання замовником одного із принципів здійснення закупівель - об'єктивної та неупередженої оцінки тендерних пропозицій (п.5 ч.1 статті 5 Закону. Рішення АМКУ № 20253-р/пк-пз від 30.10.2020 (https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2020-09-04-010839-b)		Постановою ШОСТОГО АПЕЛЯЦІЙНОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ від 15.07.2021 №640/29706/20 до апеляційної скарги (https://reyestr.court.gov.ua/Review/98340026) ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і рішення АМКУ. Касаційна скарга не подавалася.	Спірні торги були відмінені замовником незабаром після рішення Органу оскарження
Пункт 20 статті 1 і п.7 ч.1 ст.17 (пов'язані особи) <i>Чи є комунальні підприємства тієї самої міськради пов'язаними особами у розумінні Закону у разі їх участі у процедурі закупівлі у якості учасників ?</i>	Так, такі підприємства є пов'язаними особами в розумінні Закону і відповідно пропозиції таких підприємств-учасників підлягають відхиленню відповідно до п.7 ч.1 ст.17 Закону. Рішення АМКУ від 21.06.2018 № 6125-р/пк-пз (https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2018-03-28-001853-a)		Рішенням ОКРУЖНОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ міста КИЄВА від 17.08.2021 № 826/11440/18 (https://reyestr.court.gov.ua/Review/99092104) ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і рішення АМКУ. Апеляція не подавалася.	Спірні торги були відмінені замовником незабаром після рішення Органу оскарження

<p>Пункт 22 частини 1 статті 1 і частини 2 ст.22 (визначення предмета закупівлі та опис технічних, якісних та кількісних характеристик предмета закупівлі)</p> <p><i>Чи може замовник при визначенні предмета закупівлі (послуг з ремонту) не вказувати показник четвертої цифри основного словника та не вказувати Інформації про необхідні технічні, якісні та кількісні характеристики кожного окремого будинку, будівлі, споруди, лінійного об'єкту інженерно-транспортної інфраструктури, який підлягає ремонту?</i></p>		<p>Ні. Це є порушенням норм Закону та відповідного наказу Мінекономіки щодо визначення предмету закупівлі.</p> <p>Висновок Східного офісу Держаудитслужби від 25.02.2020 року № 108.</p> <p>https://prozorro.gov.ua/print/tenders/UA-2020-01-08-000188-b/monitorings/79b6e0a329224cee9516cdbfa9848884/conclusion/pdf</p>	<p>Рішенням Дніпропетровського окружного адміністративного суду від 27.08.2020 № 160/2737/20</p> <p>https://revestr.court.gov.ua/Review/91590356</p> <p>ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і висновку ДАСУ.</p> <p>Третій апеляційний адміністративний суд 19.01. 2022 апеляційну скаргу залишив без задоволення</p> <p>https://revestr.court.gov.ua/Review/103192905</p> <p>Ухвалою Касаційного адміністративного суду Верховного Суду від 07.06.2022 Касаційну скаргу повернуто заявнику</p> <p>https://revestr.court.gov.ua/Review/104677391</p>	
<p>СТАТТЯ 2 (ЗАМОВНИКИ)</p>				
<p><i>За наявності яких умов державне підприємство є «замовником» у розумінні Закону та підпадає під необхідність здійснення закупівель у встановленому Законом порядку?</i></p>			<p>Постанова Верховного Суду від 23 вересня 2021 року у справі № 907/576/19 (https://revestr.court.gov.ua/Review/99890006) разом з аналогічною правовою позицією в постанові від 31.03.2021 зі справи № 260/1666/19 фіксує сам факт створення державного підприємства та закріплення за ним державного</p>	<p>Постанова Верховного суду від 21 липня 2021 року у справі № 904/5935/20 (аналогічна правова позиція в постановках ВС від 30.09.2020 у справі № 160/8475/19, від 29.10.2020 у справі № 120/1874/19-а) фіксують аналогічну правову позицію щодо підтвердження</p>

			<p><u>майна як спосіб реалізації потреб держави, що має відносити таке підприємство до категорії «замовників».</u></p> <p>Зокрема, Верховним Судом зазначено у висновках рішення : «7.18. Підсумовуючи наведене вище, колегія суддів зазначає, що оскільки юридична особа публічного права створюється за безпосередньої участі держави з метою ефективного та раціонального використання державного і громадського майна, але держава чи територіальна громада не можуть управляти належними їй цінностями, то це майно закріплюється за окремими підприємствами, установами та організаціями на праві господарського відання. При цьому держава, територіальні громади як власники майна дозволяють цим підприємствам, установам та організаціям управляти належним їм майном, розпоряджатися грошовими коштами, вступати від свого імені у будь-які правовідносини для реалізації певних інтересів та потреб держави або територіальної громади. 7.19. Державні підприємства, як юридичні особи, у статутному капіталі яких державна частка акцій (часток, паїв) перевищує 50%, наділені обов'язковими</p>	<p><u>статусу «замовник» у розумінні Закону на комунальній підприємства як такі,»</u> що наділені обов'язковими ознаками замовника, визначеними Законом.</p> <p>Хоча всі дані рішення оперують Законом у попередній редакції, що діяла до 19.04.2020, вони повністю застосовні і для чинної редакції Закону, оскільки відповідні норми пункту 9 частини першої статті 1 попередньої редакції Закону зараз є нормами п.3 ч.1 ст.3 чинної редакції Закону.</p>
--	--	--	--	--

			ознаками замовника, визначеними <u>Закону України "Про публічні закупівлі"</u> .	
Віднесення до поняття «замовник» державного підприємства з урахуванням положень його статуту		Згідно висновку Держаудитслужби про результати моніторингу закупівлі за унікальним номером на веб-порталі уповноваженого органу UA-2019-12-19-001829-с замовник (який є таким у розумінні Закону) перевищив термін надання роз'яснення на три дні чим порушив вимоги частини першої статті 23 Закону України "Про публічні закупівлі" (в редакції Закону станом на 19.12.2019) https://prozorro.gov.ua/print/tenders/UA-2019-12-19-001829-c/monitorings/47db8fc3c6744f13ba61f4e3f40d75b0/conclusion/pdf	Постановою Касаційного адміністративного суду Верховного Суду від 08 вересня 2021 року за справою 640/4983/20 ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і висновку ДАСУ щодо віднесення державного підприємства до категорії «замовник» у розумінні Закону та необхідності проводити закупівлі у встановленому Законом порядку https://reyestr.court.gov.ua/Review/99459224 . Зокрема, Верховним Судом зазначено у висновках рішення : «42. Отже, з положень Статуту ДП Центр оцінки та інформації слідує, що його засновником є Міністерство юстиції України. Майно підприємства є державною власністю і закріплюється за підприємством на праві господарського відання. При цьому майно, набуте чи придбане підприємством у процесі здійснення господарської діяльності, а також доходи, отримані від господарської діяльності, є також державною власністю.	

			<p>43. Крім того, згідно з підпунктом 6.2.12 пункту 6.2 Статуту підприємство зобов'язане для закупівель товарів, робіт і послуг за державні кошти застосовувати процедури закупівель, визначені законом.</p> <p>44. З огляду на зазначене, висновок суду апеляційної інстанції стосовно того, що Статут ДП Центр оцінки та інформації не містить положень, які зобов'язують позивача забезпечувати державні та громадські потреби в певний спосіб та на певних умовах є помилковим.»</p>	
СТАТТЯ 3, Ч.10 (вартісні межі)				
<p>Чи правомірним є визначення окремими предметами закупівлі за різними кодами за показником 4-го знака Класифікатора, якщо фактично дані предмети є окремими складовими комп'ютерної техніки («комп'ютерне обладнання» -- код 30230000-0 та «машини для обробки даних» -- код 30210000-4) ?</p>			<p>Постановою Верховного суду від 31 серпня 2021 року у справі № 913/153/19 (https://reyestr.court.gov.ua/Review/99315250) підтверджено правомірність визначення як окремими предметами закупівлі за різними кодами за показником 4-го знака Класифікатора, на підставі правил встановлених Порядком визначення предмета закупівлі.</p>	<p>Дане рішення важливе для коректного застосування частини 10 статті 3 Закону у контексті заборони ділити предмет закупівлі на частини з метою уникнення проведення процедури відкритих торгів/спрощених закупівель або застосування цього Закону.</p>
<p>Чи правомірним є визначення окремими предметами закупівлі шкільних меблів за різними кодами за показником</p>			<p>Постановою Верховного суду від 20 травня 2021 року у справі № 902/347/20 (https://reyestr.court.gov.ua/Review)</p>	<p>Дане рішення важливе для коректного застосування частини 10 статті 3 Закону у контексті заборони ділити</p>

<p>4-го знака Класифікатора (окремо як «стілці – код 39110000-6 та окремо «столи» -- 39120000-9) за наявності окремого відповідного кода у Класифікаторі («шкільні меблі» -- код 39160000-1)?</p>			<p>w/97099244) підтверджено Неправомірність такого визначення єдиного предмета закупівлі «шкільні меблі» з відповідним кодом Класифікатора за показником 4-го знака Класифікатора у якості окремих предметів закупівлі за різними кодами, що є порушенням правил встановлених Порядком визначення предмета закупівлі.</p>	<p>предмет закупівлі на частини з метою уникнення проведення процедури відкритих торгів/спрощених закупівель або застосування цього Закону.</p>
<p>Чи правомірно укладати кілька договорів про закупівлю однакових робіт у межах єдиного об'єкту робіт у контексті норми щодо заборони поділу предмета закупівлі на частини з метою уникнення проведення процедури відкритих торгів?</p>			<p>Постановою Житомирського апеляційного суду від 10 червня 2020 року у справі № 285/695/20 підтверджено Неправомірність такого поділу, що є порушенням правил, встановлених Порядком визначення предмета закупівлі. Судом підкреслено: <i>«При визначенні очікуваної вартості предмета закупівлі робіт замовники керуються даними кошторису (кошторисного розрахунку) на весь об'єкт будівництва.»</i></p>	<p>Дане рішення важливе для коректного застосування частини 10 статті 3 Закону у контексті заборони ділити предмет закупівлі на частини з метою уникнення проведення процедури відкритих торгів/спрощених закупівель або застосування цього Закону.</p>
<p>СТАТТЯ 16 (кваліфікаційні вимоги, субпідряд)</p>				
<p>Чи означає множина при формулюванні вимог і умов тендерної документації,</p>	<p>Так, формулювання вимоги документації у множині, наприклад «наявність</p>		<p>Рішенням ОКРУЖНОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ міста</p>	

<p>зокрема щодо кваліфікаційних критеріїв, обов'язковість наявності двох або більше елементів?</p>	<p>документального підтвердження можливості забезпечити сервісне обслуговування у власних або партнерських сервісних центрах» слід розуміти як обов'язковість наявності як мінімум двох елементів (у даному випадку – сервісних центрів).</p> <p>Рішення АМКУ № 17426-р/пк-пз від 26.11.2019 https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2019-08-29-000337-a)</p>		<p>КИЄВА від 30.11.2021 № 640/25903/19 https://reyestr.court.gov.ua/Review/101528787) ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і рішення АМКУ. Апеляція не подавалась.</p>	
<p>Чи можна вважати договір про надання 3-ю особою послуг учаснику як клієнту з використанням спецтехніки 3-ї особи без передання її учаснику таким, що підтверджує право учасника на користування такою технікою у якості підтвердження відповідності кваліфікаційному критерію «наявність обладнання та матеріально-технічної бази, що належать учасникам на праві володіння чи користування (орендовані або власні)»?</p>	<p>Ні, оскільки за договором про надання послуг техніка не передається у власність чи то в користування, що було обов'язковою і неоскарженою умовою тендерної документації.</p> <p>Рішення АМКУ від 21 березня 2019 року № 3261-р/пк-пз https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2019-01-21-001931-b)</p>		<p>Постановою ВЕРХОВНОГО СУДУ (як Касаційний адміністративний суд) від 29.10.2020 у справі №640/5535/19 https://reyestr.court.gov.ua/Review/92509633) скасовано рішення попередніх судових інстанцій та ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і рішення АМКУ.</p> <p>Зокрема, Верховним Судом зазначено у висновках рішення : «...договір про надання послуг не свідчить про наявність у нього на праві володіння чи користування виробничих потужностей, що є обов'язковою умовою спірної процедури закупівлі...»</p> <p>Така ж позиція закріплена в іншій справі щодо оскарження іншого рішення АМКУ, а саме – Постанова</p>	

			ШОСТОГО АПЕЛЯЦІЙНОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ від 17.11.2021 № 640/9996/19 до апеляційної скарги (https://reyestr.court.gov.ua/Review/93079897)	
Чи можна вважати договір субпідряду між генпідрядником і субпідрядником належним підтвердженням у розумінні Закону щодо кваліфікаційного критерію «наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного (аналогічних) за предметом закупівлі договору (договорів)»?	Ні, належним підтвердженням відповідності даному критерію є договір (договори) про виконання робіт та/або надання саме учасником-генпідрядником. Рішення АМКУ від 05.10.2020 № 18620-р/пк-пз (https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2020-08-21-007024-a)		Постановою ШОСТОГО АПЕЛЯЦІЙНОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ від 11.08.2021 № 640/25820/20 до апеляційної скарги (https://reyestr.court.gov.ua/Review/98920496) ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і рішення АМКУ. Касаційна скарга не подавалася.	
Чи можна вважати таким, що відповідає умовам п.3 ч.2 ст.16 Закону щодо підтвердження виконання аналогічного договору сам факт укладення договору, щодо якого не було надано учасником-переможцем підтвердження завершення виконання аналогічного договору?			Постановою Верховного суду від 05 серпня 2021 року у справі № 910/1520/20 (https://reyestr.court.gov.ua/Review/104827277) встановлено, що таким чином вважати НЕ можна. Зокрема, Верховним Судом зазначено у висновках рішення: «5.28.Надання учасником на підтвердження досвіду виконання аналогічного договору лише копії договору, укладеного раніше учасником тендеру з іншим контрагентом, також не підтверджує викладений вище кваліфікаційний критерій, оскільки <u>сам по собі договір не свідчить про</u>	Судом також було визнано правомірною вимогу замовника у тендерній документації щодо «прийняття об'єкту в експлуатацію» як доказ підтвердження наявності виконання аналогічного договору. Зокрема, Верховним Судом зазначено у висновках рішення: «5.25. ...вочевидь вірним є висновок судів, що не надало відповідних тендерній документації документів/матеріалів, які

			<i>його виконання, адже за певних обставин після його укладення він може бути не виконаний або виконаний неналежним чином, або розірваний сторонами тощо.</i>	<i>б саме засвідчували: (1) належне виконання робіт.... та (2) прийняття об'єктів в експлуатацію.»</i>
<p>Стаття 16 у поєднанні зі статтею 28 Закону</p> <p><i>Чи вважається порушенням встановлення вимоги щодо можливості виїзду замовника на об'єкти учасника для перевірки достовірності інформації, поданої учасником у складі тендерної пропозиції, зокрема, щодо наявності у учасника обладнання та матеріального - технічної бази ?</i></p>		<p>06.02.2020 Північно-східним офісом Держаудитслужби затверджено висновок про результати моніторингу закупівлі №UA-2019-12-12-004772-b, яким зокрема встановлено наявність у тендерній документації оспорюваного положення, яке на думку органу ДАСУ, є порушенням Закону України Про публічні закупівлі (https://prozorro.gov.ua/print/tenders/UA-2019-12-12-004772-b/monitorings/c93d9a36b1f840acad8b6d0fac3dea40/conclusion/pdf)</p>	<p>Другий апеляційний адміністративний суд постановою від 15 липня 2020 р за справою № 520/2284/2020 залишив без задоволення апеляційну скаргу Північно-східного офісу Державної аудиторської служби України та НЕ підтримав його висновок https://reyestr.court.gov.ua/Review/90395622</p>	<p>У цьому випадку справа стосувалася попередньої редакції Закону, але вона є застосовна і щодо чинної редакції, оскільки чинні норми абзацу 3 ч.15 статті 29 Закону щодо достовірності або недостовірності інформації учасника є тотожними попередній редакції Закону.</p>
<p><i>Чи можна вважати належним підтвердженням критерію виконання аналогічних договорів надання копії договору, предмет закупівлі якого не в повній мірі відповідає вимогам замовника чи не містить необхідної інформації (зокрема щодо дати укладення договору та його суми)?</i></p>		<p>Ні. За результатами моніторингу закупівлі (№ ID: UA-2020-09-18-001912-b) Держаудитслужбою України було складено висновок, згідно якого це є порушенням.</p> <p>https://prozorro.gov.ua/print/tenders/UA-2020-09-18-001912-b/monitorings/10cd841b727</p>	<p>Постановою Першого апеляційного адміністративного суду від 24 травня 2021 року (справа №200/11191/20-а) ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і висновку ДАСУ, а апеляційну скаргу замовника залишено без задоволення.</p> <p>https://reyestr.court.gov.ua/Review/97111795</p>	

		04c379a23136fb9bc635a/conclusion/pdf		
		СТАТТЯ 17 (відмова в участі)		
Чи охоплює інформація щодо відповідальності за вчинення корупційного правопорушення інформацію щодо правопорушень, пов'язаних з корупцією у розумінні п.3 ч.1 ст.17 Закону?	Ні, корупційні правопорушення та правопорушення, пов'язані з корупцією, є окремими поняттями, та за їх вчинення передбачено різну відповідальність -- зокрема за корупційні правопорушення встановлено кримінальну відповідальність, в той час, як за правопорушення, пов'язані з корупцією, встановлено адміністративну та дисциплінарну відповідальність. Тому учасник повинен окремо зазначати про факт відсутності обох правопорушень. Рішення АМКУ від 05.10.2020 № 18620-р/пк-пз https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2020-08-21-007024-a		Постановою ШОСТОГО АПЕЛЯЦІЙНОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ від 11.08.2021 № 640/25820/20 до апеляційної скарги (https://reyestr.court.gov.ua/Review/98920496) ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і рішення АМКУ. Касаційна скарга не подавалася.	
<i>Чи повинен учасник-переможець самостійно отримати та надати замовнику довідку про відсутність заборгованості зі сплати податків і зборів у разі, якщо така інформація про відсутність заборгованості автоматично не згенерована (зокрема, через технічний збій)</i>	Так, повинен, оскільки це передбачено частиною 6 статті 17 Закону, та крім того у тендерній документації деталізований обов'язок учасника-переможця надати відповідну інформацію «...якщо у строк, що не перевищує десяти днів з дати оприлюднення в		Постановою ШОСТОГО АПЕЛЯЦІЙНОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ від 06.10.2021 № 640/30769/20 до апеляційної скарги (https://reyestr.court.gov.ua/Review/100284210) ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і рішення АМКУ.	Судом окремо зазначено, що норми частини 5 статті 17 Закону НЕ застосовуються для випадку, визначеному частиною 6 статті 17 Закону. Тому, суд НЕ підтримав «...доводи апелянта про відсутність необхідності надавати замовнику довідку

<p>згідно відповідного Порядку, затвердженого наказом МЕРТ та Мінфіну від 17.01.2018 № 37/11?</p>	<p>електронній системі закупівель повідомлення про намір укласти договір про закупівлю <u>не</u> з'явиться інформація, що є доступною в електронній системі закупівель, <u>з технічних або інших причин...».</u></p> <p>Рішення АМКУ від 04.11.2020 № 20514-р/пк-пз. https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2020-08-04-006769-a)</p>		<p>У рішенні суду використано посилання на практику Європейського Суду з прав людини (див. Примітка 2, після таблиці))</p> <p>Верховним Судом в Ухвалі від 13.12.2021 відмовлено в розгляді касаційної скарги https://reyestr.court.gov.ua/Review/101896840)</p>	<p>про стан податкової заборгованості, так як зазначена інформація міститься на головній сторінці офіційного порталу Державної податкової служби України в електронному сервісі «Дізнайся більше про свого бізнес-партнера» за посиланням https://tax.gov.ua/businesspartner), а згідно з приписами частини п'ятої статті 17 Закону №922-УІІІ замовник не вимагає документального підтвердження публічної інформації, що оприлюднена у формі відкритих даних згідно із Законом України «Про доступ до публічної інформації» та/або міститься у відкритих єдиних державних реєстрах...»</p>
<p>Яка інформація є визначальною у разі суперечливих даних про наявність та про відсутність заборгованості зі сплати податків і зборів: -- чи довідка податкового органу на певну дату про відсутність заборгованості, яку учасник-переможець самостійно отримав та надав замовнику,</p>			<p>Постановою Верховного Суду від 04 листопада 2021 року у справі № 910/2265/21 https://reyestr.court.gov.ua/Review/100843532) підтверджено, що відповідь на це питання залежить від <u>конкретного формулювання відповідної вимоги у тендерній документації.</u></p>	

<p>-- чи інформація про відсутність заборгованості як автоматично згенерована на запит замовника згідно відповідного Порядку, затвердженого наказом МЕРТ та Мінфіну від 17.01.2018 № 37/11</p>			<p>Зокрема, Судом зазначено у висновках рішення : «Отже, Замовник (відповідач-1) у тендерній документації визначив спосіб документального підтвердження інформації про стан заборгованості учасника (переможця торгів) з податків, зборів, платежів: <u>шляхом автоматичного отримання від відповідних уповноважених органів через електронну систему закупівель цієї інформації. При цьому, надання переможцем торгів довідки про стан заборгованості з податків, зборів, платежів поставлене Замовником в залежність від наявності в електронній системі закупівель такої інформації, отриманої в порядку інформаційної взаємодії від відповідних органів за наслідком здійсненого в автоматичному режимі запиту на таку інформацію.....</u></p> <p>...Верховний Суд погоджується з висновком судів попередніх інстанцій про те, що тендерний комітет відповідача-1 правильно відповідно до норм чинного законодавства та <u>тендерної документації взяв до уваги саме інформацію, надану органом податкової служби в електронній системі закупівель в порядку інформаційної взаємодії, про існування у позивача станом на 30</u></p>	
--	--	--	---	--

			<p>листопада 2020 року податкового боргу. З огляду на викладене Верховний Суд вважає безпідставними та не бере до уваги доводи позивача в касаційній скарзі про те, що інформація щодо наявності у позивача податкового боргу була отримана з неналежного джерела, оскільки спосіб отримання такої інформації був визначений Замовником у відповідності до норм <u>Закону України «Про публічні закупівлі» у тендерній документації, з якою позивач як учасник закупівлі був ознайомлений».</u></p>	
--	--	--	---	--

**СТАТТЯ 22
(складові тендерної документації, формальні помилки)**

<p><i>Чи підлягає відхиленню пропозиція учасника, яка всупереч вимогам замовника у тендерній документації згідно ч.3 ст.22 (інші вимоги) щодо наявності спеціального дозволу (ліцензії), передбаченого чинним законодавством України для виконання певних робіт чи послуг (у тому числі якщо такі роботи чи послуги є складовою комплексних робіт чи послуг як предмета закупівлі), не містила відповідного дозволу (ліцензії)?</i></p>	<p>Так, підлягає – якщо замовник скористався своїм правом згідно ч.3 ст.22 Закону і встановив вимогу щодо наявності спеціального дозволу (ліцензії) для виконання робіт чи послуг для виконання певних робіт чи послуг (у тому числі якщо такі роботи чи послуги є складовою комплексних робіт чи послуг як предмета закупівлі), а наявність такого дозволу (ліцензії) дійсно передбачена законодавством як дозвільний документ для</p>	<p>Висновком ДАСУ про результати моніторингу від 13.03.2020 (https://prozorro.gov.ua/print/tenders/UA-2019-08-12-000575-c/monitorings/d964741bfe284719b6b0995f870710c3/conclusion/pdf) встановлено невиконання замовником рішення Органу оскарження.</p>	<p>Постановою ВЕРХОВНОГО СУДУ (як Касаційний адміністративний суд) від 19.04.2022 у справі №640/20549/19 (https://reyestr.court.gov.ua/Revie w/104008975) скасовано рішення попередніх судових інстанцій та ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і рішення АМКУ.</p> <p>Зокрема, Судом зазначено у висновках рішення : «якщо предметом закупівлі є роботи чи послуги, які потребують</p>	<p>Спірні торги були відмінені замовником майже через 2 роки після рішення Органу оскарження, при цьому тривало судове оскарження рішення АМКУ як Органу оскарження, яке було завершено остаточним рішенням Верховного Суду.</p> <p><i>У Постанові ВС використано посилання на право ЄС (див. примітку після таблиці)</i></p>
---	---	---	---	---

	<p>відповідних робіт чи послуг, то така вимога є обов'язковою для виконання учасниками та її недотримання зумовлює обов'язкове відхилення такої невідповідної тендерної пропозиції згідно абзаце у 3 п.1 частини першої статті 31 Закону.</p> <p>Рішення АМКУ від 08.10.2019 №14465-р/пк-пз https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2019-08-12-000575-c</p>		<p>спеціального дозволу (ліцензії), передбаченого чинним законодавством України, то учасник тендерної закупівлі повинен надавати замовникові всі дозвільні документи на виконання таких робіт або ж подавати тендерному комітетові інформацію про субпідрядника, якого він планує залучати до виконання таких робіт, надаючи засвідчені копії дозвільних документів на здійснення цих робіт, які повинен мати субпідрядник незалежно від вартості договору про закупівлю».</p>	
<p><i>Чи вважається відсутність документа у складі тендерної пропозиції, який вимагався тендерною документацією, та зміст якого було надано доведено згодом під час розгляду пропозицій на запит замовника, формальною помилкою у розумінні Закону (зокрема, п.19 ч.2 ст. 22)?</i></p>	<p>Ні, відсутність у складі поданої та розкритої тендерної пропозиції документа, який вимагався тендерною документацією, не є формальною помилкою, оскільки така відсутність документа впливає на зміст тендерної пропозиції та свідчить про її невідповідність вимогам тендерної документації, що зумовлює необхідність відхилення такої пропозиції.</p> <p>Рішення АМКУ від 23.01.2020 №1413-р/пк-пз https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2019-07-29-001328-b</p>		<p>Постановою ВЕРХОВНОГО СУДУ (як Касаційний адміністративний суд) від 14.07.2022 у справі №640/2727/20 https://reyestr.court.gov.ua/Review/105248074) підтверджені рішення попередніх судових інстанцій та ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і рішення АМКУ.</p> <p>Зокрема, Судом зазначено у висновках рішення : «Верховний Суд вважає, що ненадання у складі Пропозиції гарантійного щодо лабораторних послуг, не може вважатися формальною помилкою, оскільки це не є технічною помилкою чи опискою, що пов'язана з оформленням тендерної пропозиції, а є</p>	

			<i>помилкою, яка впливає на зміст пропозиції.»</i>	
<i>Чи вважається формальною помилкою тендерної пропозиції учасника, якщо у її складі подана неповна (не всі сторінки) копія трудової книжки працівника при наявності наказу про його працевлаштування?</i>		<p>Ні, це не є формальною помилкою. Відсутність копій всіх сторінок трудової книжки має розглядатись як невідповідність щодо підтвердження кваліфікаційного критерію про наявність працівників відповідної кваліфікації.</p> <p>Висновок ДАСУ про результати моніторингу від 20.11.2020 https://prozorro.gov.ua/print/tenders/UA-2020-07-24-004743-b/monitorings/d9aa61a9130c4112bbf100f77e9eae7a/conclusion/pdf)</p>	<p>Постановою ВЕРХОВНОГО СУДУ (як Касаційний адміністративний суд) від 19.05.2022 у справі №200/11480/20-а (https://reyestr.court.gov.ua/Review/104400944) підтверджені рішення попередніх судових інстанцій та залишено без задоволення касаційну скаргу і СПРОСТОВАНО правомірність позиції ДАСУ.</p> <p>Зокрема, Судом зазначено у висновках рішення (п.44): «...Верховний Суд вважає, що встановлена відповідачем неповнота копії трудової книжки ОСОБА_1 не може слугувати безумовною підставою для відхилення тендерної пропозиції, оскільки перебування вказаної особи у трудових відносинах з підтверджується наказом про працевлаштування на посаду електрогазозварника відповідно до наказу від 29 квітня 2020 року № 13-К, який, насамперед, був доданий до тендерної пропозиції та наявний в матеріалах справи.»</p>	<p>На дане рішення Верховний Суд посилається в іншому рішенні від 14.07.2022 у справі №640/2727/20 , наведеному вище.</p>
<i>Чи вважається арифметична помилка формальною помилкою у розумінні Закону (зокрема, п.19 ч.2 ст. 22) та чи може замовник зазначити у</i>		<p>Ні, «...можливості не відхиляти тендерну пропозицію при виявленні арифметичної помилки, або виправляти арифметичну</p>	<p>Постановою ВЕРХОВНОГО СУДУ (як Касаційний адміністративний суд) від 23.04.2020 у справі №160/5735/19</p>	<p>На дане рішення Верховний Суд посилається в іншому рішенні від 14.07.2022 у справі №640/2727/20 , наведеному вище.</p>

<p>тендерній документації арифметичну помилку з описом її змісту як різновид формальної помилки ?</p>		<p>помилку, Законом не передбачено...»</p> <p>Висновок ДАСУ про результати моніторингу від 20.11.2020 https://prozorro.gov.ua/print/tenders/UA-2019-04-01-000589-c/monitorings/066fcec4bbda492ba85d784b73fb5071/conclusion/pdf)</p>	<p>(https://reyestr.court.gov.ua/Review/88886258) підтверджено рішення апеляційного суду та залишено без задоволення касаційну скаргу і СПРОСТОВАНО правомірність позиції ДАСУ. Зокрема, Судом зазначено у висновках рішення (п.36.5): <i>«...Закон не виключає допущення помилок, більш того, саме тих, що пов'язані з оформленням пропозиції, та, які не стосуються її змісту. Арифметичною вважається помилка, якщо у визначенні результату підрахунку: було допущено пропуск цифри, випадково переставлено цифри, під арифметичними також розуміють помилки або описки, допущені при заповненні граф (розрахунків), зокрема, при виконанні арифметичних дій, передбачених при обчисленні сум, з метою визначення податкових зобов'язань з податку, збору тощо. Тобто, допустити арифметичну помилку можливо з технічних причин, чи допустивши описку, що в рамках закону і є формальною (несуттєвою) помилкою.»</i></p>	
<p>Чи повинен перелік формальних помилок, зазначений замовником (позивачем) у Тендерній документації, <u>дослівно</u> відповідати переліку, затвердженому наказом</p>		<p>Так, інакше це порушення – згідно Висновку Держаудитслужби про результати моніторингу від 05.11.2021 року https://prozorro.gov.ua/print/tenders/UA-2019-04-01-000589-c/monitorings/066fcec4bbda492ba85d784b73fb5071/conclusion/pdf)</p>	<p>Постановою Третього апеляційного адміністративного суду від 08.08.2022 у справі № 160/22698/21 до апеляційної скарги https://reyestr.court.gov.ua/Review/88886258)</p>	

<p>Мінекономіки від 15.04.2020 №710 "Про затвердження Переліку формальних помилок".</p>		<p>t/tenders/UA-2021-08-10-011777-a/monitorings/61ee963646744b5d9deb0954c35bcacd/conclusion/pdf</p>	<p>w/105648273) ОСТАТОЧНО СПРОСТОВАНО правомірність позиції ДАСУ. Касаційна скарга не подавалася.</p>	
<p>Чи правомірно відхиляти тендерну пропозицію як невідповідну тендерній документації, якщо у пропозиції не зазначено строк та термін її дії, проте в тендерній документації згідно п.11 ч.2 статті 22 замовником вказаний відповідний строк дії пропозиції?</p>			<p>Постановою Верховного суду від 21 листопада 2019 року у справі № 923/127/19 (https://reyestr.court.gov.ua/Revie/w/85871823) встановлено правову позицію, <u>що у такому разі відхилення пропозиції неправомірне, а відсутність інформації про строк дії пропозиції у складі поданої пропозиції є формальною (несуттєвою) помилкою.</u></p> <p>Зокрема, Судом зазначено у висновках рішення: «38. ... у пункті 4 розділу III тендерної документації "Строк, протягом якого тендерні пропозиції є дійсними" відповідачем-1 передбачено, що тендерні пропозиції вважаються дійсними протягом 90 днів з дати розкриття тендерних пропозицій; учасник має право: відхилити таку вимогу, не втрачаючи при цьому наданого ним забезпечення тендерної пропозиції (якщо таке забезпечення передбачено оголошенням про проведення процедури закупівлі), погодитися з вимогою та продовжити строк дії</p>	

			<p>поданої ним тендерної пропозиції та наданого забезпечення тендерної пропозиції (якщо таке забезпечення передбачено оголошенням про проведення процедури закупівлі). Тобто, відповідно до вимог ... ч.2 ст.22 вказаного Закону про публічні закупівлі тендерною документацію замовника вже встановлено чіткий, конкретний строк, протягом якого тендерні пропозиції вважаються дійсними, а саме, що тендерні пропозиції вважаються дійсними протягом 90 днів з дати розкриття тендерних пропозицій.. При цьому, передбачено право, а не обов'язок, учасника відхилити чи погодитися з такою вимогою та продовжити строк дії поданої ним тендерної пропозиції... що навіть якщо вважати, що в даному випадку дійсно була помилка позивача, то дана помилка в розумінні пункту 2 розділу V тендерної документації є формальною (несуттєвою) помилкою, що пов'язана з оформленням тендерної пропозиції та не впливає на зміст пропозиції, допущення якої учасниками в тендерних пропозиціях не призведе до відхилення їх пропозицій.»</p>	
<p>Чи можна трактувати як формальну помилку</p>		<p>Згідно висновку Східного офісу Держаудитслужби про</p>	<p>Згідно рішення Дніпропетровського окружного</p>	

<p>відсутність інформації щодо статусу платника податку в проекті договору, наданому учасником у складі тендерної пропозиції (підписана копія договору на виконання відповідної вимоги тендерної документації) ?</p>		<p>результати моніторингу (https://prozorro.gov.ua/print/tenders/UA-2019-12-18-002345-b/monitorings/e70ea4a1693b4495b3c3cb6e1d22c381/conclusion/pdf) це вважається порушенням.</p>	<p>адміністративного суду 13 жовтня 2020 року Справа № 160/2135/20 СКАСОВАНО висновок Східного офісу Держаудитслужби про результати моніторингу (ID моніторингу UA-M-2020-01-13-000005) закупівлі https://reyestr.court.gov.ua/Review/92735707</p> <p>Зокрема, Судом зазначено: «...суд звертає увагу на те, що в цілому тендерна пропозиція учасника визнана такою, що відповідає тендерній документації, а отже, суд вважає, що <u>відсутність інформації в проекті договору щодо статусу платника податку учасника є формальною помилкою, оскільки зазначені дані містяться у відкритих реєстрах та зазначена інформація надана учасником, а отже, висновок відповідача в частині порушення позивачем під час закупівлі пункту 4 частини 1 статті 30 Закону України «Про публічні закупівлі» є необґрунтованим.</u>»</p> <p>Третій апеляційний адміністративний суд постановою від 14.04.2021 апеляційну скаргу Східного офісу відхилив. https://reyestr.court.gov.ua/Review/96681607</p>	
--	--	---	--	--

**СТАТТЯ 23
(технічні специфікації)**

<p>Чи вважається порушенням надання учасником на підтвердження встановлених у тендерній документації технічних вимог документів, інших ніж передбачені у такій тендерній документації?</p> <p><i>Зокрема на вимогу документації замість сертифікатів відповідності та якості на маркірувальні (для нанесення дорожньої розмітки) матеріали, видані їх виробником, та оригіналу договору поставки, укладений з виробником матеріалів для розмітки доріг, учасником-переможцем подано копії інших документів, що стосуються господарських відносин учасника із виробником іншим аніж заявлений у його пропозиції.</i></p>		<p>Згідно висновку Управління північного офісу Держаудитслужби в Чернігівській області про результати проведення моніторингу процедури закупівлі від 27.11.2020 (https://prozorro.gov.ua/print/tenders/UA-2020-06-19-004329-b/monitorings/968e8f36e2c540fd9418843a599bf0ea/conclusion/pdf) це вважається порушенням законодавства щодо невідповідності поданої пропозиції умовам тендерної документації в частині технічної специфікації, відповідно така пропозиція учасника підлягала відхиленню.</p>	<p>У Постанові Шостого апеляційного адміністративного суду від 21.07.2021 за Справою № 620/6135/20 ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і висновку ДАСУ, а апеляційну скаргу замовника залишено без задоволення. (https://reyestr.court.gov.ua/Revizyw/98490784)</p>	<p>Дана оспорювана закупівля також була оскаржена до АМКУ як Органу оскарження -- Рішення від 01.10.2020 № 18471 (https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2020-06-19-004329-b)</p>
--	--	--	--	---

**СТАТТІ 25 І 27
(тендерне забезпечення,
забезпечення виконання
договору)**

<p><i>Чи може вважатися тендерне забезпечення таким, що відповідає умовам тендерної документації, якщо фактична форма його подання і</i></p>	<p>Ні, не може. Якщо тендерною документацією прямо встановлено вимоги до банківської гарантії, що подається у складі тендерної</p>		<p>Постановою ВЕРХОВНОГО СУДУ (як Касаційний адміністративний суд) від 26.03.2020 у справі №826/13260/17</p>	<p>Спірні торги були відмінені замовником незабаром після рішення Органу оскарження.</p>
--	--	--	--	--

<p>підтвердження (наприклад, через скан банківської гарантії, лист банка-гаранта тощо) відрізняється від форми, встановленої у тендерній документації, а саме -- у формі електронного документу з електронно-цифровим підписом, який є доступним для перегляду та перевірки без необхідності використання окремого програмного продукту?</p>	<p>пропозиції, зокрема, що вона подається у формі електронного документу з електронно-цифровим підписом, який є доступним для перегляду та перевірки без необхідності використання окремого програмного продукту – саме в такій формі і повинно подаватися тендерне забезпечення. Інші форми за такої вимоги означитимуть невідповідність умовам щодо забезпечення, що імперативно зумовлює відхилення такої тендерної пропозиції учасника відповідно до абзацу 5 п.1 ч.1 статті 31 Закону.</p> <p>Рішення АМКУ від 13 вересня 2017 року №6355-р/пк-пз (https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2017-07-07-001076-b)</p> <p>Рішення АМКУ від 13 вересня 2017 року № 6346-р/пк-пз (https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2017-07-07-000218-a)</p>		<p>(https://reyestr.court.gov.ua/Review/88431179) підтверджені рішення попередніх судових інстанцій та ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і рішення АМКУ.</p> <p>Така ж позиція закріплена в іншій справі щодо оскарження іншого рішення АМКУ від 13 вересня 2017 року № 6346-р/пк-пз, а саме – Постанова ВЕРХОВНОГО СУДУ від 11.02.2020 у справі №826/13324/17 до апеляційної скарги (https://reyestr.court.gov.ua/Review/87516437)</p>	
<p>Чи потрібно вносити зміни до тендерного забезпечення у разі внесення змін до тендерної документації та відповідно чи підлягає відхиленню пропозиція з незмінним забезпеченням, виданим щодо первісної версії документації, до якої згодом були внесені зміни?</p>	<p>Так – з обох аспектів питання (і щодо необхідності змін в забезпечення і щодо відхилення пропозиції) – оскільки саме тендерна документація замовника в останній редакції (після всіх можливих змін) є документом, з якого виникають базові відносини між банком-гарантом та принципалом, в</p>		<p>Постановою ШОСТОГО АПЕЛЯЦІЙНОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ від 11.08.2021 № 640/28053/20 до апеляційної скарги (https://reyestr.court.gov.ua/Review/98920521) підтверджено правомірність позиції і рішення АМКУ.</p>	<p>Спільні торги були відмінені замовником незабаром після рішення Органу оскарження</p>

	<p>частині надання банківської гарантії. Рішення АМКУ від 02.10.2020 №18551-р/пк-пз (https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2020-07-14-001777-a)</p>		<p>Верховним Судом в Ухвалі від 04.10.2021 відмовлено в розгляді касаційної скарги (https://reyestr.court.gov.ua/Review/100124055)</p>	
<p>Чи може вважатися порушенням зазначення переможцем торгів у банківській гарантії у складі його пропозиції <u>двох</u> рахунків для зарахування забезпечення виконання договору, тоді як у тендерній документації вимога про забезпечення виконання договору у вигляді банківської гарантії передбачала зазначення лише одного рахунку?</p>		<p>Так. Згідно висновку Управління північного офісу Держаудитслужби в Чернігівській області про результати проведення моніторингу процедури закупівлі від 27.11.2020 №UA-2020-06-19-004329-b зазначення у пропозиції переможця додаткового казначейського рахунка, який згідно документації замовника не є рахунком для зарахування коштів, внесених як гарантія виконання договору, є порушенням умов тендерної документації.</p>	<p>Постановою Шостого апеляційного адміністративного суду від 21.07.2021 за справою №620/6135/20 ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і висновку ДАСУ, а апеляційну скаргу замовника залишено без задоволення. (https://reyestr.court.gov.ua/Review/98490784)</p> <p>Зокрема, Судом зазначено: «Колегія суддів звертає увагу, в тендерній документації визначено конкретні реквізити для зарахування забезпечення виконання договору про закупівлю: Рах. НОМЕР_1 в ПАТ Укресімбанк, Однак, переможцем торгів надано забезпечення виконання договору у вигляді банківської гарантії від 28.10.2020 №21463, в якій зазначено <u>два</u> рахунки: НОМЕР_1 в ПАТ Укресімбанк, та НОМЕР_3, в Державній казначейській службі України вказаний казначейський рахунок в Державній казначейській службі не є рахунком для зарахування коштів, внесених як</p>	

			<p>гарантія виконання договору, а тому зазначення його в банківській гарантії учасника є безпідставним, що дає підстави визнавати банківську гарантію учасника НЕ наданою.</p> <p>... Таким чином, Замовником не відхилено переможця процедури закупівлі , як такого, що не надав забезпечення виконаних договору про закупівлю, якщо таке забезпечення вимагалося замовником, чим порушено абзац 5 пункту 3 частини 1 статті 31 Закону №922-VIII.»</p>	
<p>СТАТТЯ 26 (електронний підпис при поданні пропозицій)</p>				
<p>Чи правомірно відхилити тендерну пропозицію учасника-юридичної особи, яка підписана кваліфікованим електронним цифровим підписом з ідентифікаційним кодом фізичної особи-підписанта (уповноважена особа) замість КЕП з кодом ЄДРПОУ юридичної особи-учасника?</p>	<p>Так, правомірно. Кваліфікований електронний підпис, яким підписується пропозиція учасника-юридичної особи, має містити код ЄДРПОУ саме цієї юридичної особи та бути доступним для перевірки на сайті Центрального засвідчувального органу (http://czo.gov.ua/verify).</p> <p>Рішення АМКУ №3867-р/пк-пз від 28.02.2020 р. (https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2019-11-29-000502-b)</p>		<p>Постановою ШОСТОГО АПЕЛЯЦІЙНОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ від 03.03.2021 № 640/6731/20 до апеляційної скарги (https://reyestr.court.gov.ua/Review/95310896) ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і рішення АМКУ.</p> <p>Касаційна скарга не подавалася.</p>	<p>Спірні торги були відмінені замовником незабаром після рішення Органу оскарження</p>

<p>Чи правомірно відхилити тендерну пропозицію учасника, яка була подана з накладанням на неї електронної печатки та без накладання КЕП (кваліфікованого електронного підпису)?</p>	<p>Так, правомірно, оскільки згідно з тендерною документацією пропозиція подається учасником закупівлі з урахуванням вимог Закону України "Про електронні довірчі послуги" та повинна містити накладений саме електронний підпис уповноваженої особи учасника закупівлі. У свою чергу, Закон України "Про електронні довірчі послуги" у частині 1 статті 1 розрізняє поняття «електронна печатка» та «електронний підпис» -- ці «..поняття не взаємозамінні, а є відокремленими, то вони використовуються в залежності від особи підписувача. Тобто, фізична особа до електронних документів додає електронний підпис, фізична особа-підприємець або юридична особа додає електронний підпис, а за наявності печатки додає ще й її».</p> <p>Рішення АМКУ від 17.03.2020 №5115- р/пк-пз https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2020-01-23-001111-a</p>		<p>Рішенням ОКРУЖНОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ міста КИЄВА від 20.04.2021 640/7447/20 (https://reyestr.court.gov.ua/Review/96417560) ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і рішення АМКУ. Апеляція не подавалась.</p> <p>Зокрема, Судом зазначено у висновках рішення: «Відповідно до ч.ч. 4 та 5 ст. 18 Закону України «Про електронні довірчі послуги», кваліфікований електронний підпис має таку саму юридичну силу, як і власноручний підпис, та має презумпцію його відповідності власноручному підпису. Кваліфікована електронна печатка має презумпцію цілісності електронних даних і достовірності походження електронних даних, з якими вона пов'язана.... Приписами ч.ч. 2 та 3 ст. 207 Цивільного кодексу України передбачено, що правочин вважається таким, що вчинений у письмовій формі, якщо він підписаний його стороною (сторонами). Правочин, який вчиняє юридична особа, підписується особами, уповноваженими на це її установчими документами, довіреністю, законом або іншими актами цивільного законодавства....</p>	<p>Спірні торги були відмінені замовником незабаром після рішення Органу оскарження</p>
---	---	--	--	---

			<p>При цьому, накладення печатки, у тому числі електронної, не є обов'язковим реквізитом правочину, проте, може бути застосований за наявності. Таким чином, не накладення електронного підпису уповноваженої особи ТОВ....на тендерну пропозицію, з урахуванням накладення електронної печатки ТОВ, є свідченням порушення позивачем пп. 1.7 п. 1 розділу 3 тендерної документації, з огляду на що, тендерна пропозиція ТОВ..... підлягала відхиленню»</p>	
СТАТТЯ 29				
<p>Чи правомірним є врахування змін до тендерної пропозиції на підставі листа учасника, направлено в паперовому вигляді після завершення кінцевого строку подання пропозицій, та допущення такого учасника до аукціону та оцінки пропозицій?</p>		<p>Ні. Згідно висновку Управління північного офісу Держаудитслужби в Чернігівській області про результати проведення моніторингу процедури закупівлі від 27.11.2020 https://prozorro.gov.ua/print/tenders/UA-2020-06-19-004329-b/monitorings/968e8f36e2c540fd9418843a599bf0ea/conclusion/pdf) це є порушенням.</p>	<p>Постановою Шостого апеляційного адміністративного суду від 21.07.2021 за справою №620/6135/20 ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і висновку ДАСУ, а апеляційну скаргу замовника залишено без задоволення. (https://reyestr.court.gov.ua/Review/98490784)</p> <p>Зокрема, Судом зазначено: «Учасникомбув наданий Замовнику лист у паперовому вигляді 08.09.2020, тобто після кінцевого строку подання тендерних пропозицій, <u>при цьому в</u></p>	

			<p><u>електронній системі закупівель зазначений лист не оприлюднений.</u></p> <p>Як вбачається із оголошення про проведення відкритих торгів UA-2020-06-19-004329-b, кінцевий строк подання тендерних пропозицій по спірній закупівлі - 26.08.2020 16:00. Разом з тим, лист ТОВ «Бахмачгазбудсервіс» датований 08.09.2020, <u>тобто після спливу встановленого строку, та у паперовому вигляді.</u></p> <p>Виходячи з вищевикладеного, колегія суддів погоджується з висновком суду першої інстанції, що позивачем, в порушення вимог ... статті 31 Закону №922-VIII, не відхилено тендерну пропозицію ТОВ «Бахмачгазбудсервіс», ... та допущено його до аукціону, внаслідок чого тендер електронною системою автоматично не відмінено відповідно до вимоги пункту 2 частини 2 статті 32 Закону №922-VIII, у разі, якщо до оцінки допущено менше двох тендерних пропозицій.»</p>	
СТАТТЯ 31 (відхилення)				
Чи правомірним є відхилення пропозиції учасника торгів, який є товариством з одним засновником (учасником) та не надав у складі пропозиції копію рішення загальних зборів	Ні, не правомірно, оскільки у випадку товариства з одним учасником (засновником) та Згідно статті 37 Закону України "Про товариства з обмеженою та додатковою відповідальністю" у		Постановою ШОСТОГО АПЕЛЯЦІЙНОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ від 10.02.2022 № 640/19683/20 до апеляційної скарги (https://reyestr.court.gov.ua/Review/	Спірні торги були відмінені замовником після рішення апеляційного суду

<p><i>учасників (засновників) товариства, яке дає право на підписання договору на суму наданої пропозиції?</i></p>	<p>товаристві, що має одного учасника, рішення з питань, що належать до компетенції загальних зборів учасників, приймаються таким учасником товариства одноособово та оформлюються письмовим рішенням такого учасника. До товариства з одним учасником не застосовуються положення статей 32-36 цього Закону (порядок скликання загальних зборів учасників товариства; проведення загальних зборів учасників; прийняття рішень загальними зборами учасників з питань порядку денного; заочне голосування; рішення загальних зборів учасників, прийняте шляхом опитування).</p> <p>Рішення АМКУ №14080-р/пк-пз від 21.07.2020 https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2020-03-13-001299-b)</p>		<p>103230490) ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і рішення АМКУ.</p> <p>Касаційна скарга не подавалася.</p>	
<p><i>Чи повинен замовник відхилити тендерну пропозицію у разі відсутності в ній розрахунку договірної ціни робіт, зокрема кошторисів з обов'язковим розрахунком застосованих у кошторисах коефіцієнтів?</i></p>		<p>Так. Західний офіс Держаудитслужби у висновку про результати моніторингу закупівлі від 10.02.2020 https://prozorro.gov.ua/print/tenders/UA-2019-09-19-002534-b/monitorings/200add491920434c91d07d78c8ab6d67/conclusion/pdf) зазначив, що</p>	<p>Рішенням Львівського окружного адміністративного суду 20 жовтня 2020 року за справою № 380/1501/20 https://reyestr.court.gov.ua/Review/92325425 ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і висновків ДАСУ у цій частині.</p> <p>Ухвалою Восьмого апеляційного адміністративного суду від 08</p>	<p>Суд також підтвердив факт порушення замовником частини 1 статті 10 Закону № 922-VIII, оскільки замовником в електронній системі закупівлі не було оприлюднено усіх розрахунків до договірної ціни договору (у складі Додатку № 2 до укладеного Договору № 19-11/2019,</p>

		<p>всупереч підпункту 2 пункту 1 розділу III тендерної документації учасником торгів у складі тендерної пропозиції не надано в електронному вигляді в форматі PDF підтверджуючі розрахунки за статтями витрат договірної ціни у відповідності до Державних будівельних норм (ДСТУ Б Д.1.1-1:2013) зокрема щодо розрахунку №1-2 Загальновиробничі витрати , розрахунок №5 Кошторисний прибутку , розрахунок №П145 Кошти на покриття додаткових витрат, пов'язаних з інфляційними процесами. Надання цих розрахунків у складі пропозиції було обов'язковою умовою тендерної документації замовника.</p> <p>Отже, на порушення частини 4 статті 30 Закону, замовником не відхилено пропозицію цього учасника, яка не відповідає умовам тендерної документації, а укладено з ним договір про закупівлю.</p>	<p>грудня 2020 року апеляційну скаргу залишено без руху у зв'язку з невідповідністю апеляційної скарги вимогам статті 296 Кодексу адміністративного судочинства України</p> <p>https://reyestr.court.gov.ua/Review/93367373</p>	<p>який є невід'ємною його частиною), а саме: розрахунок № 6 Кошти на покриття адміністративних витрат будівельних організацій .</p>
СТАТТЯ 32				

**(відміна тендеру чи
визнання тендеру таким,
що не відбувся)**

Чи може замовник на власний розсуд та з посиланням на пункт 1 ч.1 статті 32 Закону (відсутність подальшої потреби) відмінити торги після визначення переможця чи, натомість, зобов'язаний укласти договір?

Постановою Верховного суду від 10 вересня 2020 року у справі № 904/4036/18 (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/91466017>) підтверджено **правомірність** висновків судів нижчих інстанцій про те, що з **моменту визначення переможця торгів та встановлення відповідності пропозиції такого учасника процедури закупівлі вимогам тендерної документації та вимогам Закону України «Про публічні закупівлі», неможливо відмінити процедуру закупівлі у порядку, передбаченому в пункті 1 частини першої статті 31 Закону України «Про публічні закупівлі» (у чинній редакції Закону це ідентичне положенню статті 32 Закону).**

У рішенні апеляційної інстанції (<https://reyestr.court.gov.ua/Review/90360744>), яке ПІДТВЕРДЖЕНЕ Верховним Судом зазначено:
«При цьому, викладена у ч. 2 ст. 32 (частина 6 ст.33 чинної редакції Закону – прим. ред.) Закону України «Про публічні закупівлі» конструкція "Замовник укладає", а не "Замовник має право укласти" свідчить, що дана норма покладає саме обов'язок і саме на Замовника укласти договір, проект та істотні умови якого вже узгоджені сторонами, з переможцем торгів не пізніше ніж через 20 днів з дня прийняття рішення про намір укласти договір про закупівлю. Єдиними підставами не підписання договору є дії або бездіяльність саме Учасника торгів, а не Замовника: відмова переможця торгів від підписання договору про закупівлю відповідно до вимог тендерної документації, неукладення

				<p>договору про закупівлю з вини учасника у строк, визначений цим Законом, або ненадання переможцем документів, що підтверджують відсутність підстав, передбачених статтею 17 цього Закону.</p> <p>Наведених правових висновків дійшов Верховний Суд у постанові від 01.02.2018 року у справі №922/1999/17 та у постанові від 13.03.2018 року №910/11239/17.»</p>
<p>Чи може замовник на власний розсуд та з посиланням на пункт 2 ч.5 статті 32 Закону (скорочення видатків) визнати тендер таким, що не відбувся <u>після визначення переможця?</u></p>			<p>Постановою Верховного суду від 23.10.2019 у справі № 909/190/18 (https://reyestr.court.gov.ua/Review/85393909) зазначено, що з моменту визначення переможця торгів та встановлення відповідності пропозиції такого учасника процедури закупівлі вимогам тендерної документації та вимогам <u>Закону України «Про публічні закупівлі»</u>, неправомірно визнати тендер таким, що не відбувся <u>у порядку, передбаченому в абз.4 ч.2 ст.31 Закону України «Про публічні закупівлі»</u></p>	<p>Абзац 4 частини 2 <u>статті 31</u> редакції Закону, яка діяла до 19 квітня 2020 року та правомірність застосування якої розглядалася Верховним Судом, аналогічний за змістом пункту 2 частини 5 статті 32 чинної редакції Закону.</p>

**СТАТТЯ 40
(переговорна процедура)**

<p>Чи вважається випадок відміни торгів двічі внаслідок «допущення до оцінки менше двох пропозицій» у процедурі відкритих торгів (на підставі п.2 ч.2 ст.32 -- у разі якщо оголошення про проведення відкритих торгів оприлюднено відповідно до частини третьої статті 10 цього Закону) належною підставою для застосування переговорної процедури закупівлі відповідно до п.1 ч.2 ст.40 Закону («двічі відмінено процедуру відкритих торгів... через відсутність достатньої кількості тендерних пропозицій»)?</p>			<p>Постановою Волинського апеляційного суду від 20 грудня 2021 року у справі № 161/14284/21 (https://reyestr.court.gov.ua/Review/102065808) встановлено, що випадок відміни торгів двічі внаслідок «допущення до оцінки менше двох пропозицій» у процедурі відкритих торгів НЕ є належною підставою для застосування переговорної процедури закупівлі відповідно до п.1 ч.2 ст.40.</p>	<p>У постанові суду фігурують посилення на відповідні норми Закону у редакції, що діяли до 19 квітня 2020 року, тоді як в описі цієї справи використано вже оновлені посилення на ідентичні норми чинної редакції Закону.</p>
<p>Чи достатньо для підтвердження та обґрунтування підстави для застосування переговорної процедури закупівлі згідно абзацу 2 п.3 ч.2 ст.40 Закону (виникнення особливих економічних чи соціальних обставин, пов'язаних з негайною ліквідацією наслідків надзвичайних ситуацій, що унеможливають дотримання замовником строків для проведення тендера) наявності рішення місцевої комісії з питань техногенно-екологічної</p>	<p>Ні, недостатньо, оскільки згідно Порядку класифікації надзвичайних ситуацій за їх рівнями (затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 24.03.2004 №368) що остаточне рішення щодо визначення рівня надзвичайної ситуації приймає ДСНС лише з урахуванням експертного висновку (за наявності) регіональної комісії з питань техногенно-екологічної безпеки та надзвичайних ситуацій. Відповідно саме остаточне</p>		<p>Постановою ВЕРХОВНОГО СУДУ (як Касаційний адміністративний суд) від 15.07.2021 у справі №826/7367/18 (https://reyestr.court.gov.ua/Review/98367810) скасовано рішення попередніх інстанцій та ПІДТВЕРДЖЕНО правомірність позиції і рішення АМКУ.</p> <p>Зокрема, Судом зазначено у висновках рішення (п.30): «.....суди попередніх інстанцій помилково ототожнили рішення комісії з питань техногенно-екологічної безпеки та</p>	<p>У рішенні Суду є посилення на попередню редакцію Закону, за якою проводилась оскаржена переговорна процедура закупівлі за помилково застосованою підставою згідно пункту 3 частини другої статті 35 Закону №922-VIII у редакції до 19.04.2020. Така ж підстава для застосування переговорної процедури наразі є абзацом 2 п.3 ч.2 ст.40 чинної (з 19.04.2020) редакції Закону.</p>

<p>безпеки та надзвичайних ситуацій про надання певній ситуації попередньої кваліфікації як надзвичайної ситуації соціального характеру місцевого рівня?</p>	<p>рішення (експертний висновок) ДСНС є підставою для здійснення інших заходів щодо реагування на надзвичайну ситуацію відповідно до законодавства (пункт 11 вказаного Порядку класифікації надзвичайних ситуацій).</p> <p>Рішення АМКУ від 10.04.2018 №3291-п/пк-пз https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2018-03-14-001632-a?lot_id=26f7c54a8809483cabca2f76b2b14ad#lots)</p>		<p>надзвичайних ситуацій районної у місті держадміністрації про надання певній ситуації попередньої кваліфікації як надзвичайної ситуації соціального характеру місцевого рівня із рішенням уповноважених органів (місцевої державної адміністрації та ДСНС) про оголошення (введення режиму) надзвичайної ситуації і визначення її рівня.»</p>	
<p>СТАТТЯ 41 (договір)</p>				
<p>Чи є обґрунтованим позов про визнання недійсним договору про закупівлю, якщо такий позов подано учасником відповідної процедури закупівлі, пропозиція якого була відхилена і який не скористався правом на оскарження в Органі оскарження?</p>			<p>Постановою Верховного Суду (як Касаційного господарського суду) України від 12 серпня 2021 року у справі № 906/906/20 (https://reyestr.court.gov.ua/Review/98971162) підтримав позиції нижчих інстанцій про НЕобґрунтованість такого позову.</p> <p>Також, Судом наголошено у висновках рішення (п.30 і 31): «30. Позивач своїм правом на оскарження рішення Антимонопольного комітету України не скористався, втім, саме це рішення безпосередньо вплинуло</p>	<p>Дане рішення важливо розрізняти за обставинами та змістом з <u>іншим рішенням по іншій справі</u> апеляційної інстанції (Постанова ШОСТОГО АПЕЛЯЦІЙНОГО АДМІНІСТРАТИВНОГО СУДУ від 15.07.2021 №640/29706/20 до апеляційної скарги (https://reyestr.court.gov.ua/Review/98340026)), яке прокоментоване у розрізі статті 1 та 18 щодо права на оскарження саме в Органі оскарження.</p>

			<p>на права та охоронювані <u>законом</u> інтереси 31. Отже, враховуючи відхилення тендерної пропозиції, оскарження процедури закупівлі позивачем містить формальний характер, оскільки не призведе до відновлення порушеного (на думку скаргжника) права та інтересу.»</p> <p>Аналогічна правова позиція Верховного Суду наведена у Постанові Верховного Суду (як Касаційного господарського суду) від 11 листопада 2021 року у справі № 910/11957/20.</p>	
<p>Як розуміти розмір 10% збільшення ціни на товар згідно пункту 2 частини 5 статті 41 Закону: – як максимально можливий розмір збільшення від початкової ціни товару, -- чи як розмір для розрахунку при кожному збільшенні ціни на товар з огляду на чинну ціну на момент збільшення?</p>			<p>Постановою Верховного Суду від 04 серпня 2021 року у справі № 912/994/20 (https://reyestr.court.gov.ua/Revie w/98789042) встановлено позицію, що «... обмеження 10% застосовується як максимальний ліміт щодо зміни ціни, визначеної в договорі, незалежно від того, як часто відбуваються такі зміни (кількість підписаних додаткових угод).»</p> <p>Суд також зазначив, що: «Інше тлумачення відповідної норми <u>Закону</u> нівелює, знецінює, робить непрозорою процедуру відкритих торгів.»</p> <p>В іншій постанові Верховного Суду від 27 липня 2021 року у справі</p>	<p>У практичному сенсі даним рішенням також визначено недійсними додаткові угоди з підвищеннями ціни сумарно на 61 %. При цьому Суд зазначив у висновках, що таке «каскадне» підвищення «... призвело нівелювання результатів відкритих торгів. Адже цінові пропозиції переможця та інших учасників торгів відрізнялися між собою несуттєво. Таким чином, держава втратила можливість скористатися пропозиціями інших учасників відкритих торгів, але газ по ціні, запропонованій переможцем</p>

			№ 922/2030/20 також підкреслена необхідність та обов'язковість передбачити у договорі порядок зміни його умов для можливості перегляду ціни згідно Закону.	<i>тендеру, закупити так і не змогла.»</i>
Чи вважається лист постачальника і сторонньої організації з зазначенням загальної місячної ціни за певний місяць підтвердженням факту коливання ціни на товар для застосування пункту 2 частини 5 статті 41 Закону для укладення додаткового угоди про збільшення ціни на товар?			<p>Постановою Верховного Суду (як Касаційного господарського суду) від 27 квітня 2021 року у справі № 927/685/20 (https://reyestr.court.gov.ua/Review/96628657) підтримано позиції судів нижчих інстанцій, про те що такі листи НЕ є підтвердженням підстави для підвищення ціни за даною підставою Закону</p> <p>Зокрема, Судом зазначено у висновках рішення: «...лист.. містить загальну цифру - вартість газу за лютий 2020 та не містить доказів реального відсотку здорожчання такого товару, отже, Відповідачем-1 не доведено підтвердження підвищення ціни на природний газ, як станом на 01.02.2020 (початок періоду застосування нової ціни), так і на момент звернення до Відповідача-2 з листом про укладення додаткової угоди (12.02.2020)....»</p> <p>38. направляючи лист про укладення додаткової угоди щодо зміни ціни до договору, не надало доказів наявності коливання ціни</p>	Пункт 2 частини 4 статті 36 Закону у редакції, яка діяла до 19 квітня 2020 року та правомірність застосування якої розглядалася Верховним Судом, аналогічний за змістом пункту 2 частини 5 статті 41 чинної редакції Закону.

			<p>на ринку на природний газ у відсотковому співвідношенні до ринкової вартості газу на момент укладення договору, тому у сторін договору не було підстав для збільшення ціни договору на підставі, п. 2 ч. 4 <u>статті 36 Закону України "Про публічні закупівлі"</u>» (аналогічна норма зазначена у п.2 ч.5 ст.41 чинної редакції Закону)...</p> <p>39. Зважаючи на вказані обставини, суди дійшли висновку, що зміни, внесені до договору додатковою угодою від 20.02.2020 є такими, що суперечать приписам статей 3, 36 Закону України "Про публічні закупівлі", що є наслідком визнання цієї додаткової угоди недійсною, у порядку статей 203, 215 ЦК України.»</p>	
<p>Чи обґрунтований позов виконавця (постачальника) щодо внесення змін у договір для подовження строків його виконання, якщо на думку виконавця мала місце істотна зміна обставин, у підтвердження чого виконавець (постачальник) посилається на висновок Торгово-промислової палати?</p>			<p>Постановами Верховного Суду (як Касаційного господарського суду) від 08.12.2020 у справі № 910/11888/19, від 25.03.2021 у справі № 910/15132/19 та від 26 жовтня 2021 року у справі № 910/18402/20 закріплені наступні правові позиції щодо Необґрунтованості таких позовів, оскільки:</p> <p>1) <i>Зміна договору за рішенням суду на вимогу заінтересованої сторони внаслідок істотної зміни обставин відповідно до статті 652 Цивільного кодексу України можлива лише у разі</i></p>	<p>При застосування даних позицій Верховного Суду, зокрема щодо виконання договірних зобов'язань, важливо розрізняти відмінність ситуації «істотної зміни обставин» (стаття 652 ЦКУ) від іншої ситуації «обставин непереборної сили» (стаття 617 ЦКУ).</p>

			<p>дотримання ВСІХ 4 умов частини 2 цієї статті ЦКУ;</p> <p>2) Закон України "Про торгово-промислові палати в Україні" НЕ містить положень щодо наявності у Торгово-промислової палати повноважень з видачі висновків на підтвердження істотної зміни обставин.</p> <p>3) порушення контрагентом позивача своїх зобов'язань за договором поставки за своєю природою <u>не є об'єктивними обставинами</u>, які унеможливають <u>належне (своєчасне) виконання зобов'язання постачальником товару, а мають характер звичайних ризиків підприємницької діяльності, та могли бути ним передбачені при укладенні договору.</u></p>	
<p>Чи обґрунтований позов виконавця (постачальника) щодо внесення змін у договір для підвищення ціни за одиницю товару, оскільки таке підвищення передбачене Законом?</p>			<p>Постановою Касаційного господарського суду Верховного Суду України від 26 жовтня 2021 року у справі № 920/692/20 (https://reyestr.court.gov.ua/Review/100843530) закріплені правові позиції щодо НЕобґрунтованості такого позову, оскільки:</p> <p>«5.12. Відтак, зміна істотних умов договору про закупівлю (збільшення ціни за одиницю</p>	

			<p>товару) є правомірною виключно за таких умов:</p> <ul style="list-style-type: none"> - відбувається за згодою сторін; - порядок зміни умов договору має бути визначений самим договором (відповідно до проекту, який входив до тендерної документації); - підстава збільшення - коливання ціни такого товару на ринку (обґрунтоване і документально підтверджене постачальником); - ціна за одиницю товару може збільшуватися не більше ніж на 10%; - загальна сума (ціна) договору не повинна збільшуватися. 	
<p>Чи підлягають виконанню вимоги ДАСУ щодо розірвання договору?</p>		<p>Висновок Західного офісу Держаудитслужби від 10.02.2020 № 51 про результати моніторингу закупівлі (UA-2019-09-19-002534-b, 19.09.2019). Аналогічний захід усунення порушень зазначено у висновку Східного офісу Держаудитслужби про результати моніторингу (ID моніторингу UA-M-2020-01-13-000009).</p>	<p>Окружний Адміністративний Суд Рішенням від 20 жовтня 2020 у справі № 380/1501/20 (https://reyestr.court.gov.ua/Revie/w/92325425#) визнав протиправним та СКАСУВАВ висновок Західного офісу Держаудитслужби від 10.02.2020 № 51 про результати моніторингу закупівлі (UA-2019-09-19-002534-b, 19.09.2019) в частині зобов'язання замовника здійснити заходи щодо усунення виявлених порушень у спосіб <u>розірвання договору</u> відповідно до законодавства.</p> <p>Апеляційна скарга органу Держаудитслужби була відсилена.</p>	<p>Мотивація суду:</p> <p>Суд зазначає, що зазначивши у висновку про необхідність вжити заходів саме з формулюванням про розірвання договору, яке не узгоджується з формулюваннями Положенням про ДАСУ, відповідач (орган ДАСУ) також не визначив спосіб усунення виявлених під час моніторингу порушень (судовий або позасудовий), що свідчить про його нечіткість та невизначеність. Спонування позивача самостійно визначити на</p>

			<p>Зокрема. Суд зазначив таке: «...Згідно з пп. 20 п. 6 Положення № 43 про Державну аудиторську службу України Держаудитслужба для виконання покладених на неї завдань має право: <u>порушувати перед відповідними державними органами питання про визнання недійсними договорів</u>, укладених з порушенням законодавства, у судовому порядку стягувати у дохід держави кошти, отримані підконтрольними установами за незаконними договорами, без установлених законом підстав та з порушенням законодавства В спірній ситуації відповідач в оскаржуваному висновку не порушував питання про визнання недійсним договору з підрядником, укладеним позивачем за результатами відкритих торгів. При цьому, суд зауважує, що ні вказаним Законом, а ні іншими нормативно-правовими актами безпосередньо не встановлено повноваження органів фінансового контролю зобов'язувати суб'єктів господарювання до розірвання господарського договору...</p> <p>....Згідно ст. 651 ЦК України зміна або розірвання договору допускається лише за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або законом. Договір може бути змінено або розірвано за рішенням суду на вимогу однієї із</p>	<p>підставі невизначених норм, які саме заходи слід вжити для усунення виявлених порушень, в свою чергу, може призвести до нового можливого порушення позивачем чинного законодавства.</p> <p>Відповідна правова позиція викладена в постанові Верховного Суду від 10 грудня 2019 року в справі № 160/9513/18 та у постанові Верховного Суду від 05.03.2020 року по справі № 640/467/19.</p>
--	--	--	--	--

			<p>сторін у разі істотного порушення договору другою стороною та в інших випадках, встановлених договором або законом...</p> <p>...Зміна та розірвання господарських договорів в односторонньому порядку не допускаються, якщо інше не передбачено законом або договором (ч. 1 ст. 188 ГК України)...</p> <p>...Отже, з вищезазначеного вбачається, що господарський договір, укладений між юридичними особами може бути розірваний лише за згодою сторін або у судовому порядку, але для цього повинні бути причини такого розірвання...</p> <p>...Відтак, з наведеного аналізу законодавства не встановлено повноваження органів фінансового контролю зобов'язувати суб'єктів господарювання до розірвання господарського договору».</p>	
Стаття 164-14 КУпАП (адмінвідповідальність)				
<p><u>Неоприлюднення інформації, передбаченої Законом, у процесі проведення закупівлі</u></p>			<p>У переважній більшості випадків, якщо таке неоприлюднення трапляється – суди підтверджують, що це є суттєвим порушенням, за яке настає</p>	<p>Наразі функціонал електронної системи закупівель робить малоюмовірним неоприлюднення</p>

			<p>відповідальність передбачена ст.164-14 . <i>Наприклад, такі рішення апеляційних інстанцій:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> ■ <i>Постанова Харківського апеляційного суду від 23 вересня 2019 року у справі № 372/2603/19</i> ■ <i>Постанова Тернопільського апеляційного суду від 17 січня 2019 року у справі № 596/1974/18.</i> 	<p>відповідної інформації згідно Закону, оскільки без оприлюднення процес закупівлі у більшості випадків не відбувається.</p>
<p><u>Невчасне оприлюднення або неоприлюднення інформації, передбаченої Законом, поза межами процесу проведення закупівлі</u></p>			<p>У переважній більшості випадків суди підтверджують, що це є МАЛОЗНАЧНИМ порушенням, а наслідки даного правопорушення усунені та/або не представляють суспільної небезпечності, у зв'язку з чим яке винна особа звільняється від відповідальності за ст.164-14 у вигляді штрафу, а штраф замінюється на усне попередження.</p> <p><i>Наприклад, такі рішення апеляційних інстанцій:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> ■ <i>Постанова Полтавського апеляційного суду від 10 грудня 2019 року у справі № 554/9422/19 ;</i> ■ <i>Постанова Львівського апеляційного суду від 20 лютого 2020 року у справі № 463/9874/19</i> 	

ПРИМІТКА 1 (про використання посилання на право ЄС щодо недоцільності відповідати суду на кожен аргумент захисту).

«При цьому, згідно п. 41 висновку № 11 (2008) Консультативної ради європейських суддів до уваги Комітету Міністрів Ради Європи щодо якості судових рішень обов'язок суддів наводити підстави для своїх рішень не означає необхідності відповідати на кожен аргумент захисту на підтримку кожної підстави захисту. Обсяг цього обов'язку може змінюватися залежно від характеру рішення. Згідно з практикою Європейського суду з прав людини очікуваний обсяг обґрунтування залежить від різних доводів, що їх може наводити кожна зі сторін, а також від різних правових положень, звичаїв та доктринальних принципів, а крім того, ще й від різних практик підготовки та представлення рішень у різних країнах. З тим, щоб дотриматися принципу справедливого суду, обґрунтування рішення повинно засвідчити, що суддя справді дослідив усі основні питання, винесені на його розгляд.»

ПРИМІТКА 2 (про використання посилання на практику Європейського суду з прав людини щодо недоцільності відповідати суду на кожен аргумент захисту).

«... як зазначено у постанові Верховного Суду від 26.06.2018 у справі № 127/3429/16- ц, Європейський суд з прав людини вказав, що згідно з його усталеною практикою, яка відображає принцип, пов'язаний з належним здійсненням правосуддя, у рішеннях судів та інших органів з вирішення спорів мають бути належним чином зазначені підстави, на яких вони ґрунтуються. Хоча пункт 1 статті 6 Конвенції про захист прав людини і основоположних свобод зобов'язує суди обґрунтовувати свої рішення, його не можна тлумачити як такий, що вимагає детальної відповіді на кожен аргумент. Міра, до якої суд має виконати обов'язок щодо обґрунтування рішення, може бути різною в залежності від характеру рішення (справа «Серявін проти України», §58, рішення від 10.02.2010)».

