

Як удосконалити моніторинг закупівель



Transparency International Ukraine – представництво глобальної антикорупційної неурядової організації Transparency International, що має понад 90 національних представництв і працює в більше як 100 країнах світу. Місія Transparency International Ukraine – обмежити збільшення рівня корупції в Україні шляхом сприяння прозорості, підзвітності та доброчесності публічної влади і громадянського суспільства. Дізнатися більше про діяльність організації можна на вебсайті: www.ti-ukraine.org

Авторка: Анна Куц

Команда: Юрій Гермашев, Валерія Залевська, Іван Лахтіонов, Ярослав Пилипенко, Сергій Павлюк, Вероніка Борисенко, Катерина Русіна, Дарина Синицька та Анастасія Ференц.

Літературна редакторка: Анна Трофімова

Дизайн: Сергій Буравченко

Transparency International Ukraine

вул. Січових Стрільців, 37–41, 5 поверх
м. Київ, Україна, 04053
тел.: +38 044 360 52 42

вебсайт: ti-ukraine.org
е-mail: office@ti-ukraine.org

© 2023 Transparency International Ukraine. All rights reserved

Звіт підготовлено командою програми інноваційних проєктів Transparency International Ukraine в межах проєкту «Civil Society for Ukraine's Post-war Recovery and EU-Readiness». Висловлені в ньому погляди можуть не відповідати позиції керівництва чи правління Transparency International Ukraine. Дані та джерела, використані у звіті, можуть змінюватися після його публікації.

Поширення звіту з некомерційною метою заохочується.

Цей звіт підготовлено за фінансової підтримки Європейського Союзу. Його вміст є виключною відповідальністю Transparency International Ukraine і не обов'язково відображає погляди Європейського Союзу.

Дослідження підготовлено командою DOZORRO

DOZORRO – це проєкт громадської організації Трансперенсі Інтернешнл Україна, покликаний забезпечити рівні правила гри у сфері публічних закупівель.

Команда проєкту створила та адмініструє моніторинговий портал dozorro.org та [публічний](#) і [професійний](#) модулі аналітики BI Prozorro. Окрім цього, DOZORRO розбудовує DOZORRO-спільноту – мережу громадських організацій, які моніторять публічні закупівлі та повідомляють контролюючі та органи правопорядку про порушення.

З рештою наших досліджень можна ознайомитися в розділі «Дослідження» на сайті Transparency International Ukraine: bit.ly/DOZORRO-research

Зміст:

РОЗДІЛ 1.	Правове регулювання механізму моніторингу публічних закупівель	9
1.1.	Огляд нормативних засад та процесу моніторингу публічних закупівель.....	9
1.2.	Особливості регулювання моніторингу публічних закупівель під час дії правового режиму воєнного стану	21
1.3.	Гіпотези щодо проблем, пов'язаних із нормативною базою моніторингу публічних закупівель.....	27
РОЗДІЛ 2.	Результати роботи органів державного фінансового контролю з моніторингу публічних закупівель	33
2.1.	Аналіз даних щодо початку та процесу моніторингу, виявлених порушень	33
2.2.	Аналіз даних про результати моніторингів та їх правові наслідки.....	47
РОЗДІЛ 3.	Проблемні питання практики моніторингу публічних закупівель (на прикладі аналізу застосування «правила 24 годин»).....	55
РОЗДІЛ 4.	Аналіз судової практики з оскарження висновків про результати моніторингів публічних закупівель	76
4.1.	Кількісні показники судового оскарження висновків про результати моніторингів.....	76
4.2.	Причини скасування висновків про результати моніторингів та виявлені проблеми.....	78
	Висновки та пропозиції.....	87

Вступ

Ефективна та швидка відбудова України потребує придбання безпрецедентного обсягу робіт з ремонту і реконструкції, послуг з проектування, товарів для будівництва.

За даними Київської школи економіки, станом на лютий 2023 року загальна сума збитків, завданих інфраструктурі України через повномасштабне вторгнення росії, складала 143,8 млрд дол. (за вартістю заміщення)¹, а за підсумками червня – сума прямих задокументованих збитків сягнула 150,5 млрд дол.² Як зазначило агентство Reuters із посиланням на підрахунки Світового банку, ООН, Європейської комісії, на повоєнне відновлення України необхідні 411 млрд дол.³

21–22 червня 2023 року в Лондоні відбулася конференція Ukraine Recovery Conference, присвячена шляхам ефективної відбудови України. Серед передумов відбудови експерти неодноразово називали **прозорий механізм закупівель**, а, згідно зі спільною заявою учасників конференції, Уряд України має й надалі розвивати національну **систему** електронних закупівель, щоб забезпечити прозоре відновлення⁴. Саме через публічні закупівлі відбуватиметься відбір постачальників товарів, виконавців робіт, надавачів послуг та укладання контрактів на роботи з відбудови. Тому вирішального значення для відбудови України набуває ефективний та правомірний розподіл бюджетних та донорських коштів у процедурах публічних закупівель, що мають проводитись із дотриманням принципів прозорості, законності та добросовісної конкуренції. Запобігання та боротьба з корупцією у сфері закупівель відіграє особливу роль та має бути одним із пріоритетів держави.

Україна у сфері розвитку публічних закупівель вже має потужні інструменти та гідні позиції. Українська електронна система закупівель Prozorro, відзначена багатьма нагородами⁵, дозволяє проводити закупівлі та брати участь у них у режимі онлайн, а контролюючим органам та громадським організаціям – швидко виявляти ознаки порушень та ініціювати розслідування. Принцип «всі бачать все», втілений у системі Prozorro, означає відкритість інформації про закупівлі від часу їх планування і до виконання договору.

Втім, не менш важливим, ніж прозорість закупівель, є **дієвий контроль держави** за законністю процедур, їхньою конкурентністю та ефективністю витрачання коштів у них. Такий контроль покликана здійснювати Державна аудиторська служба України⁶, її офіси та їхні підрозділи⁷ (далі – органи державного фінансового контролю або ОДФК).

Основою для пошуку зловживань у публічних закупівлях є перелік порушень, визначений статтею 164–14 Кодексу України про адміністративні правопорушення⁸. Насамперед саме за їх виявлення, усунення та притягнення до відповідальності за їх вчинення відповідає ОДФК.

Стаття 19 Конституції України зобов'язує органи державної влади та їхніх посадових осіб діяти лише у спосіб, що передбачений Конституцією та законами України. Тому чинне законодавство чітко визначає процесуальні способи, в які ОДФК можуть виявляти правопорушення.

1 КШЕ: За рік повномасштабної війни росія завдала збитків інфраструктурі України на майже \$144 млрд 22.03.2023. URL: <https://cutt.ly/Bws3biz1>

2 КШЕ: Загальна сума прямих збитків, завдана інфраструктурі України через війну, за підсумками червня 2023 року перевищила \$150 млрд. URL: <https://cutt.ly/ZwqbmOrv>

3 Reuters: «Ukraine's recovery and reconstruction needs seen reaching \$411 bln – World Bank», 22.03.2023. URL: <https://cutt.ly/Hws3n2pd>

4 Co-chairs' Statement by the Governments of Ukraine and the United Kingdom, Co-hosts Ukraine Recovery Conference 2023, London. URL: <https://globalcompact.org.ua/en/news/urc-co-chairs-statement/>

5 Нагороди Prozorro. URL: <https://cutt.ly/fws3QYk6>

6 Положення про Держаудитслужбу України, затвержене постановою Кабінету Міністрів України від 3 лютого 2016 року № 43. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/43-2016-%D0%BF#Text>

7 Наказ Держаудитслужби України від 02.06.2016 року № 23 «Про затвердження положення про офіси Держаудитслужби та їх підрозділи». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/rada/show/v0023889-16#Text>

8 Стаття 164–14 Кодексу України про адміністративні правопорушення. URL: <https://cutt.ly/Vws3Q3Zs>

Відповідно до частини 2 статті 2 Закону України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні», державний фінансовий контроль забезпечується ОДФК через проведення державного фінансового аудиту, інспектування, перевірки закупівель та моніторингу закупівлі.

Контроль за дотриманням законодавства *саме у сфері закупівель* здійснюється шляхом проведення моніторингу закупівлі у порядку, встановленому Законом України «Про публічні закупівлі», проведення перевірки закупівель, а також під час державного фінансового аудиту та інспектування. Останнє здійснюється у формі ревізії⁹.

Отже, існують **чотири види заходів** державного фінансового контролю. Відмінності між ними були одним із питань, досліджуваних командою DOZORRO у звіті «Держаудитслужба в публічних закупівлях: чи ефективні моніторинги?», презентованому у 2021 році¹⁰. Серед заходів державного фінансового контролю за публічними закупівлями особливе місце посідає **моніторинг закупівлі**.

Нормативною основою цього заходу контролю є стаття 8 Закону України «Про публічні закупівлі», яка регламентує моніторинг процедури закупівлі.

Моніторинг процедури закупівлі – аналіз дотримання замовником законодавства у сфері публічних закупівель під час проведення процедури закупівлі, укладення договору про закупівлю та протягом його дії **з метою запобігання** порушенням законодавства у сфері публічних закупівель¹¹.

Як видно з цього визначення, основною метою моніторингу процедури закупівлі є **превентивна**, що є його перевагою та дозволяє припинити порушення на стадії, коли воно ще не завдало істотної шкоди суспільним інтересам та може бути виправлене.

Окрім того, моніторинг процедури закупівлі має й інші **особливості**, які відрізняють його від решти заходів державного фінансового контролю і надають низку переваг:

- моніторинг відбувається *відкрито та публічно* в електронній системі закупівель Prozorro, а всі його етапи, інформація та документи, якими обмінюються сторони, оприлюднюються на веб-сторінці процедури закупівлі – це має запобігати зловживанням з обох сторін та дозволяє узагальнювати практику, виявляти проблеми в механізмі моніторингу та оперативно напрацьовувати пропозиції щодо його вдосконалення, уніфікації практики;
- можливість розпочати моніторинг на підставі, зокрема, інформації від органів державної влади та місцевого самоврядування, даних ризик-індикаторів електронної системи закупівель Prozorro, звернення громадських організацій, що створює умови для відкритого діалогу між суспільством та контролюючим органом;
- можливість швидкого старту та *стислі строки проведення* моніторингу, чітко визначені Законом – до 15 робочих днів;
- кожен моніторинг передбачає аналіз дотримання законодавства про закупівлі в межах однієї конкретної закупівлі, що дозволяє сфокусуватись на виявленні суттєвих порушень, через ознаки яких моніторинг розпочато;
- у разі усунення порушення ОДФК не притягують замовника до адміністративної відповідальності, що є додатковим стимулом виправити допущені помилки.

Решта заходів державного фінансового контролю поступаються моніторингам у цих аспектах. Так, на момент їх проведення може минути рік і навіть більше з моменту вчинення порушення, що ускладнює його виправлення та подолання негативних наслідків, не дозволяє вплинути на хід закупівлі під час її проведення¹². Процеси здійснення решти заходів контролю не автоматизовані та не відображаються в електронній системі закупівель Prozorro, що спричиняє ризик зловживань та ускладнює аналіз практики. Широке коло питань під час фінансового аудиту та інспектування, як-от виконання бюджетних програм, потребує значних ресурсів і може перешкоджати фокусу на найбільш пріоритетних закупівлях та суттєвих порушеннях у них. Адже предметом аналізу в них виступає весь комплекс питань фінансово-господарської діяльності замовника, а не лише публічні закупівлі.

⁹ Статті 4, 5 Закону України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні»

¹⁰ Звіт команди Dozorro «Держаудитслужба в публічних закупівлях: чи ефективні моніторинги?». – С. 18. URL: <https://ti-ukraine.org/wp-content/uploads/2020/07/Derzhadytsluzhba-v-publichnyh-zakupivlyah-chy-efektyvni-monitoryngy-1.pdf>

¹¹ Пункт 14 частини 1 статті 1 Закону України «Про публічні закупівлі».

¹² Наприклад, планова виїзна ревізія проводиться не частіше одного разу на календарний рік, відповідно до частини 2 статті 11 Закону України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні».

Безумовно, решта заходів державного фінансового контролю є необхідними для виявлення порушень бюджетного законодавства в інших напрямках витрачання бюджетних коштів, як-от призначення премій керівництву державних підприємств.

Але у сфері публічних закупівель, на наше переконання, **шляхи вдосконалення державного фінансового контролю** пов'язані насамперед із удосконаленням механізму **моніторингу закупівлі**. Ураховуючи вже наявні переваги, вдосконалити цей механізм можливо у стислі строки, що необхідно Україні для підготовки до відбудови.

Тож **метою** цього дослідження є **виявити основні проблеми та сформулювати пропозиції** щодо вдосконалення механізму моніторингу закупівлі як перспективного заходу державного фінансового контролю.

У дослідженні ми зосередили увагу на аналізі нормативної бази моніторингу закупівлі, статистичних показників роботи ОДФК щодо проведення моніторингів у закупівлях, проблемах практики моніторингів, а також ключових тенденціях судової практики з оскарження висновків про результати моніторингів.

Основним періодом часу, до якого належать об'єкти аналізу, є 2021–2022 роки. Разом із тим, для відстеження динаміки в окремих питаннях враховувались статистичні дані за більш ранні роки. У питаннях, пов'язаних із змінами законодавства про публічні закупівлі та судовою практикою, ми використовували об'єкти аналізу переважно 2023 року.

Джерелами інформації для дослідження стали: база законодавства України та роз'яснень Міністерства економіки України у сфері публічних закупівель, електронна система закупівель Prozorro, публічний модуль аналітики BI Prozorro, інформаційна база Clarity App, оприлюднені тексти висновків моніторингів, Єдиний державний реєстр судових рішень, відповіді на запити на публічну інформацію, одержані від ОДФК та інших стейкхолдерів сфери закупівель.

Також із метою виявлення проблемних аспектів моніторингу та обговорення пропозицій, у квітні 2023 року TI Ukraine провела круглий стіл на тему «Моніторинг закупівель: що треба змінювати?». У заході взяли участь представники Держаудитслужби, Мінекономіки, АМКУ, правоохоронних органів, великих замовників, громадських організацій. Основні тези дискусії цього заходу були опрацьовані та покладені в основу, щоб визначити проблеми та пропозиції в цьому дослідженні.

РОЗДІЛ 1. Правове регулювання механізму моніторингу публічних закупівель

1.1. Огляд нормативних засад та процесу моніторингу публічних закупівель

Основними нормативно-правовими актами, на яких базується моніторинг публічних закупівель, є Закони України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні» (далі – Закон про основні засади) та «Про публічні закупівлі».

При цьому Закон про основні засади не передбачає детального порядку проведення моніторингу закупівлі¹³, посилаючись натомість на Закон України «Про публічні закупівлі».

Своєю чергою Закон України «Про публічні закупівлі» (далі – Закон) **визначає моніторинг** процедури закупівлі як **аналіз дотримання замовником законодавства** у сфері публічних закупівель під час проведення процедури закупівлі, укладення договору про закупівлю та протягом його дії з метою запобігання порушенням законодавства у сфері публічних закупівель.

Механізму моніторингу присвячена стаття 8 Закону, актуальна редакція якої почала діяти з квітня 2020 року. Розглянемо її ключові норми.

Суб'єктами, які виконують моніторинг, є Державна аудиторська служба України¹⁴ та її міжрегіональні територіальні органи.

Об'єктами моніторингу є процедури закупівлі. Необхідно зауважити, що не всі закупівлі належать до процедур у розумінні Закону. Частина перша та друга статті 13 Закону відносять до процедур відкриті торги; торги з обмеженою участю; конкурентний діалог – це конкурентні процедури. Як виняток замовники можуть застосовувати переговорну процедуру закупівлі.

Спрощені закупівлі та договори, укладені без використання електронної системи закупівель (так звані «прямі договори»), не належать до процедур. Стаття 8 Закону передбачає моніторинг [саме процедур](#) закупівель, тому, [за Законом](#), спрощені закупівлі та прямі договори не підлягають моніторингу¹⁵.

Предметом моніторингу є аналіз дотримання замовником законодавства у сфері публічних закупівель у межах конкретної процедури та договору, укладеного за її результатами.

Аналізуючи, чи виконав замовник вимоги законодавства, ОДФК можуть виявити факти вчинення уповноваженою особою замовника або його керівником порушень, передбачених статтею 164–14 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – Кодекс), та інших порушень законодавства про закупівлі. У разі якщо замовник не усунув виявлені порушення, що призвело до невиконання ним вимог,

¹³ Окрім норми про те, що моніторинг закупівлі здійснюється за місцезнаходженням органу державного фінансового контролю.

¹⁴ Центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державного фінансового контролю, відповідно до постанови Кабінету Міністрів України від 3 лютого 2016 року № 43.

¹⁵ Особливості проведення моніторингу закупівель, визначені Постановою Кабміну № 1178 від 12 жовтня 2022 року для періоду дії правового режиму воєнного стану, розглянуті в наступному підрозділі.

передбачених Законом, а також не оскаржив висновок моніторингу до суду, ОДФК ініціює притягнення уповноваженої особи замовника (за окремі порушення – керівника) до адміністративної відповідальності – за умови, що виявлене правопорушення передбачено статтею 164–14 Кодексу. Склади правопорушень, за які передбачена адміністративна відповідальність, стягнення за їх вчинення, строки та суб'єкти, які накладають стягнення, наведені у Таблиці 1.

Таблиця 1. Порушення законодавства про закупівлі, за вчинення яких передбачено адміністративну відповідальність за статтею 164–14 Кодексу України про адміністративні правопорушення.

№	Частина статті 164–14 Кодексу	Склад правопорушення	Розмір штрафу та особа, яку притягують до відповідальності	Строк накладення стягнення	Роль ОДФК та/або суду
1	Частина перша	порушення порядку визначення предмета закупівлі	штраф у розмірі 1700 грн на службових (посадових), уповноважених осіб замовника	Не пізніше як через два місяці з дня вчинення правопорушення, а при триваючому правопорушенні – не пізніше як через два місяці з дня його виявлення ¹⁶	ОДФК розглядають справи про адміністративні правопорушення і накладають адміністративні стягнення. Від їхнього імені діють керівник Держаудитслужби, його заступники, а також інші уповноважені керівником посадові особи ОДФК ¹⁷
2		несвоєчасне надання або ненадання замовником роз'яснень щодо змісту тендерної документації			
3		тендерна документація складена не у відповідності до вимог Закону			
4		розмір забезпечення тендерної пропозиції, встановлений у тендерній документації, перевищує межі, визначені Законом			
5		неоприлюднення або порушення строків оприлюднення інформації про закупівлі			
6		неоприлюднення або порушення порядку оприлюднення інформації про закупівлі, що здійснюються відповідно до положень Закону України «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України, спрямованих на запобігання виникненню і поширенню коронавірусної хвороби (COVID-19)»			
7		ненадання інформації, документів у випадках, передбачених законом			
8		порушення строків розгляду тендерної пропозиції			
9	Частина друга	правопорушення № 1–8, вчинені особою, яку протягом року вже було піддано адміністративному стягненню за такі ж порушення	штраф у розмірі 3400 грн на службових (посадових), уповноважених осіб замовника		

>>

¹⁶ Частина перша статті 38 Кодексу України про адміністративні правопорушення.

¹⁷ Стаття 234–1 Кодексу України про адміністративні правопорушення.

№	Частина статті 164–14 Кодексу	Склад правопорушення	Розмір штрафу та особа, яку притягують до відповідальності	Строк накладення стягнення	Роль ОДФК та/або суду
10	Частина третя	придбання товарів, робіт і послуг до/без проведення процедур закупівель/спрощених закупівель відповідно до вимог Закону	штраф від 25,5 тис. грн до 51 тис. грн на службових (посадових), уповноважених осіб замовника	протягом шести місяців з дня його виявлення, але не пізніше двох років з дня його вчинення ¹⁸	уповноважені посадовці ОДФК складають протоколи про правопорушення ¹⁹ , а судді районних, районних у місті, міських чи міськрайонних судів розглядають справи про них ²⁰
11		застосування конкурентного діалогу або торгів з обмеженою участю, або переговорної процедури закупівлі на умовах, не передбачених Законом			
12		невідхилення тендерних пропозицій, які підлягали відхиленню відповідно до Закону			
13		відхилення тендерних пропозицій на підставах, не передбачених Законом або не у відповідності до вимог Закону (безпідставне відхилення)			
14		укладення з учасником, який став переможцем процедури закупівлі, договору про закупівлю, умови якого не відповідають вимогам тендерної документації та/або тендерної пропозиції переможця процедури закупівлі			
15		внесення змін до істотних умов договору про закупівлю у випадках, не передбачених Законом			
16		внесення недостовірних персональних даних до електронної системи закупівель та неоновлення у разі їх зміни			
17	порушення строків оприлюднення тендерної документації				
18	Частина четверта	Дії № 10–17, вчинені особою, яку протягом року було піддано адміністративному стягненню за такі ж порушення	штраф на службових (посадових), уповноважених осіб замовника від 51 тис. грн до 85 тис. грн		
19	Частина п'ята	Невиконання рішення Антимонопольного комітету України як органу оскарження за результатами розгляду скарг суб'єктів оскарження, подання яких передбачено Законом	штраф на керівника замовника від 34 тис. грн до 85 тис. грн		
20	Частина шоста	Укладення договорів, які передбачають оплату замовником товарів, робіт і послуг до/без проведення процедур закупівель/спрощених закупівель, визначених Законом	штраф на керівника замовника від 34 тис. грн до 170 тис. грн		

Отже, в результаті моніторингу процедури закупівлі державні аудитори можуть виявити як суттєві порушення (наприклад, безпідставне відхилення тендерної пропозиції), так і порушення, які не завжди мають суттєвий вплив на конкурентність та ефективність закупівлі (наприклад, порушення строків розгляду тендерної пропозиції на незначний строк). Законодавством розмежування порушень на суттєві та несуттєві не передбачено, але певною мірою значущість порушень відображена в санкціях.

Необхідно підкреслити, що хоча стаття 164–14 Кодексу визначає вичерпний перелік адміністративних правопорушень, за вчинення яких може наставати адміністративна відповідальність, ОДФК при здійсненні моніторингу процедури закупівлі **не обмежені цим переліком під час пошуку порушень**. Закон визначає поняття «моніторинг процедури закупівлі» як аналіз дотримання «законодавства у сфері публічних закупівель», а не лише одного Закону. Тому ОДФК мають повноваження виявляти будь-які невідповідності фактичного процесу закупівлі тим процедурам, які встановлено [законодавством у сфері публічних закупівель](#) – не лише Законом.

Зокрема, у результаті моніторингу процедури закупівлі може бути виявлено порушення таких нормативно-правових актів, як Постанова Кабінету Міністрів України від 11 жовтня 2016 року № 710 «Про ефективне використання державних коштів», Порядок визначення предмета закупівлі, затверджений Наказом Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України від 15 квітня 2020 року № 708, Перелік формальних помилок, затверджений Наказом Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України від 15 квітня 2020 року № 710 та інших.

18 Частина 3 статті 38 Кодексу України про адміністративні правопорушення.

19 Пункт 1 частини 1 статті 255 Кодексу України про адміністративні правопорушення.

20 Частина 1 статті 221 Кодексу України про адміністративні правопорушення.

На запит щодо вичерпного переліку нормативно-правових актів, на відповідність яким ОДФК аналізують процедури закупівель, листом № 001200-16/8024-2023 від 17 липня 2023 року Держаудитслужба України повідомила, що **Закон не визначає чіткого переліку законодавства, яке регулює сферу публічних закупівель**. Держаудитслужба не створювала та не володіє документом, який містить перелік усіх чинних актів законодавства у сфері публічних закупівель (назва, дата, видавець), аналіз дотримання яких здійснюється під час проведення моніторингу процедур закупівель²¹.

Отже, моніторинг процедури закупівлі зазвичай полягає у всебічному аналізі її відповідності вимогам чинного законодавства.

Період часу, протягом якого ОДФК можуть провести моніторинг: **протягом проведення процедури закупівлі, укладення договору про закупівлю та його дії**²².

Окреслюючи період «проведення процедури закупівлі», визначимо момент її початку.

Посилання на термін «**початок** проведення закупівлі» міститься в пункті 2 частини 2 статті 4 Закону і фактично **співпадає з моментом оголошення** закупівлі в електронній системі закупівель. Так, інформація про «орієнтовний початок проведення» повинна міститись у річному плані закупівель. Мінекономіки у відповіді № 951/971 від 02.11.2021²³ року роз'яснило, що **початком тендеру/спрощеної закупівлі є оприлюднення оголошення про проведення конкурентних процедур закупівель/оголошення про проведення спрощеної закупівлі**.

Визначаючи **строк дії договору** про закупівлю, необхідно врахувати положення цивільного та господарського законодавства. Згідно з частиною 1 статті 631 Цивільного кодексу України, строком договору є час, протягом якого сторони можуть здійснити свої права і виконати свої обов'язки відповідно до договору. Договір набирає чинності з моменту його укладення, якщо інше не визначено Законом або договором. Частина третя статті 180 Господарського кодексу України відносить строк дії договору до умов, які сторони зобов'язані у будь-якому разі погодити – тобто до істотних. Отже, строк дії договору про закупівлю зазначається в самому тексті договору.

Виходячи з цього, *процедура закупівлі може підлягати моніторингу з моменту оприлюднення оголошення про її проведення і до спливу строку дії укладеного договору про закупівлю*. Кількість моніторингів, які проводяться щодо однієї процедури закупівлі, не обмежена законом.

Територіальні межі моніторингу та принципи розподілу роботи між офісами та управліннями Держаудитслужби за областями України не визначені на рівні Закону. Проте вони встановлені в положеннях про офіси Держаудитслужби та у примірному положенні про управління офісів Держаудитслужби в областях, затверджених Наказом Держаудитслужби від 02.06.2016 року № 23.

Апарати Офісів здійснюють державний фінансовий контроль на території тих областей, у яких знаходяться. У складі Офісів утворюються структурні підрозділи – управління в областях, які так само працюють на території адміністративно-територіальної одиниці за своїм місцезнаходженням.

Положення про офіси Держаудитслужби передбачають, що на території інших (не «своїх») адміністративно-територіальних одиниць офіси та управління можуть здійснювати державний фінансовий контроль (зокрема і моніторинги закупівель) **за дорученням Голови Держаудитслужби та його заступників**. І хоча на практиці державні аудитори не завжди дотримуються цього правила, проведення моніторингу процедури закупівлі поза межами «своєї» області може стати однією з підстав для визнання висновку моніторингу протиправним та його скасування в судовому порядку²⁴.

21 Запит містив прохання надати перелік актів законодавства про закупівлі (задля визначення «чек-листа», який використовує ОДФК для моніторингу закупівель). Відповідь Держаудитслужби, URL: <https://drive.google.com/file/d/1AphdDmk6StSYSRLlcVD3EXnqjhWglaCd/view?usp=sharing>

22 Абзац другий частини першої статті 8 Закону України «Про публічні закупівлі».

23 Роз'яснення Мінекономіки, надане у відповіді № 951/971 від 02.11.2021 року. URL: <https://www.me.gov.ua/InfoRez/Details?id=7b4ab469-84c7-4085-9918-cb8120b9a2a7&lang=uk-UA>

24 Наприклад, Рівненський окружний адміністративний суд у справі № 460/49777/22 дійшов таких висновків: «**Будь-яких доказів на підтвердження наявності доручення** Голови Держаудитслужби та/або його заступників щодо здійснення Північно-східним офісом Держаудитслужби моніторингу процедури закупівлі UA-2021-08-27-013052-а **на території Рівненської області відповідачем не надано**. Враховуючи викладене, можна дійти висновку, що Північно-східним офісом Держаудитслужби здійснено реалізацію заходів державного фінансового контролю **на території Рівненської області шляхом проведення моніторингу публічної закупівлі UA-2021-08-27-013052-а з порушенням вимог пунктів 1, 3 Положення № 23 щодо порядку здійснення такого моніторингу, що, на переконання суду, є самостійною підставою для скасування судом оскаржуваного висновку**», – рішення від 16 березня 2023 року. URL: <https://reyestr.court.gov.ua/Review/109597179>

Підставами для початку моніторингу процедури закупівлі є:

1. дані автоматичних індикаторів ризиків;
2. інформація, отримана від органів державної влади, народних депутатів України, органів місцевого самоврядування, про ознаки порушення (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель;
3. повідомлення у ЗМІ, що містять відомості про ознаки порушення (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель;
4. виявлені ОДФК ознаки порушення (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель в інформації, оприлюдненій в системі Prozorro;
5. інформація, отримана від громадських об'єднань, про ознаки порушення (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель, виявлених за результатами громадського контролю у сфері публічних закупівель відповідно до статті 7 Закону²⁵.

Отже, Закон передбачає широке коло підстав для початку моніторингу процедури закупівлі. Разом із тим, норми Закону не передбачають звернень суб'єктів господарювання, зокрема й учасників процедур закупівель, як підстави для початку моніторингу. Також Закон не містить вказівок на закупівлі, які мають підлягати обов'язковому моніторингу (наприклад, залежно від очікуваної вартості предмета закупівлі), посилань на методологію формування черги процедур для моніторингу із розподілом закупівель на групи та визначенням пріоритетності кожної з них.

Розглянемо детальніше першу з підстав для початку моніторингу – дані автоматичних індикаторів ризиків. Методика визначення автоматичних індикаторів ризиків, їхній перелік та порядок застосування затверджені Наказом Міністерства фінансів України від 28.10.2020 року № 647 (далі – Наказ № 647 або Методика)²⁶.

Фактично автоматичні індикатори ризиків – елементи електронної системи закупівель Prozorro, які постійно в автоматичному режимі «сканують» процедури закупівлі на наявність низки ознак, які вказують на високу ймовірність порушень, та видають інформацію про закупівлі, яким ці ознаки притаманні: наприклад, аномально висока кількість відхилень тендерних пропозицій, порушення певних строків у процедурі тощо²⁷.

Зауважимо, що ризик-індикатори, передбачені Наказом № 647, **не відповідають** чинній Постанові Кабінету Міністрів України № 1178 від 12 жовтня 2022 року, якою затверджено Особливості 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. Проблеми регулювання процесу закупівель та їх моніторингу під час воєнного стану ми розглянемо в наступному підрозділі цього дослідження.

Розглянемо **процес моніторингу** та побудуємо дерево варіантів, як можуть розвиватись події під час моніторингу закупівлі, спираючись на передбачені Законом опції.

1. **Початок моніторингу.** Моніторинг процедури закупівлі розпочинається з ухвалення рішення про його початок, яке приймає керівник ОДФК, його заступник або інша уповноважена керівником особа. Повідомлення про таке рішення ОДФК оприлюднює на вебсторінці закупівлі у системі Prozorro з описом його підстав. Старту моніторингу може передувати робота державних аудиторів з попереднього аналізу процедури, але вона не регламентована Законом та жодним чином не відображається в системі Prozorro до початку моніторингу.

Вже на цій стадії хід подій у процедурі закупівлі умовно поділяється на дві гілки: окремо відбувається моніторинг і окремо триває процедура, адже початок моніторингу **не зупиняє** її проведення.

2. **Моніторинг** повинен тривати не більше 15 робочих днів, починаючи з наступного робочого дня після повідомлення про його початок.

²⁵ Частина 2 статті 8 Закону України «Про публічні закупівлі».

²⁶ Методика визначення автоматичних індикаторів ризиків, затверджена Наказом Міністерства фінансів України від 28.10.2020 року № 647. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1284-20#n8>

²⁷ Із повним переліком ризик-індикаторів, затвердженим Наказом Міністерства фінансів України від 28.10.2020 року № 647, можна ознайомитись за посиланням: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z1285-20#Text>

Для аналізу даних, що свідчать про ознаки порушення законодавства, може використовуватися:

- інформація, оприлюднена в системі Prozorro;
- інформація, що міститься в єдиних державних реєстрах;
- інформація в базах даних, відкритих для доступу Державній аудиторській службі України.

Для отримання детальної інформації, які саме бази даних відкриті для доступу ОДФК, було спрямовано запит на інформацію до Держаудитслужби. У відповідь листом № 001200–16/8021–2023 від 17.07.2023 року²⁸ Держаудитслужба повідомила, зокрема, про такі **джерела інформації**:

1. **ІТС «Податковий блок» та ІТС «Єдине вікно подання електронної звітності»**, доступ до яких організовано в приміщенні Державної податкової служби України. Доступ надано на підставі Угоди про інформаційне співробітництво між Державною податковою службою України та Держаудитслужбою. Після налагодження інформаційної взаємодії через ІТС Національної системи конфіденційного зв'язку доступ планується забезпечити в приміщенні Держаудитслужби.
2. **Єдиний державний реєстр юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань**, щодо отримання відомостей з якого між Держаудитслужбою, Міністерством юстиції України та Міністерством цифрової трансформації України підписано договір від 07 вересня 2021 року № 02–01/115 «Про інформаційну взаємодію».
3. Державний реєстр обтяжень рухомого майна, Державний реєстр речових прав на нерухоме майно – щодо них між Держаудитслужбою та Міністерством юстиції України підписано протоколи автоматизованого доступу, **але інформаційна взаємодія наразі не налаштована через відсутність захищеного каналу обміну інформацією**.
4. Інформаційно-аналітична система пошуку і обробки інформації у сфері господарської та інших видів діяльності «YOUCONTROL», право використання якої Держаудитслужба закупила у ТОВ «Ю-контрол».
5. Держаудитслужба також використовує інформацію:
 - Міністерства економіки України (<https://prozorro.gov.ua>);
 - Антимонопольного комітету України (АМКУ): зведеного переліку природних монополій²⁹ та зведених відомостей щодо спотворення результатів торгів (тендерів)³⁰;
 - інформаційної бази власників пакетів акцій, розміщеної на порталі <https://smida.gov.ua> (обмін такою інформацією не автоматизовано, проте укладено угоду про інформаційне співробітництво між Держаудитслужбою та Національною комісією з цінних паперів та фондового ринку. Відповідні протоколи щодо отримання інформації за цією угодою будуть узгоджені після доопрацювання ІАСППР «е-аудитор»);
 - з Єдиного державного реєстру осіб, які вчинили корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення (наразі недоступний).

Щодо автоматизованого доступу до Єдиного державного реєстру судових рішень, який використовується під час моніторингу закупівель, 2021 року здійснювались попередні перемовини з Державною судовою адміністрацією України, водночас через зупинення розробки ІАСППР «е-аудитор» відповідна інформаційна взаємодія наразі не організована.

Отже, хоча стаття 8 Закону передбачає використання ОДФК баз даних, відкритих для доступу, і ОДФК має доступ до деяких баз, чинне законодавство не містить детального порядку надання такого доступу. Отримання доступу до необхідних реєстрів, баз даних, інформаційно-телекомунікаційних систем стає результатом укладання угод, вжиття організаційних заходів. Інформаційна взаємодія з деякими реєстрами ускладнена через відсутність захищеного каналу обміну інформацією.

Держаудитслужба повідомила, зокрема, що для посилення аналітичної складової своєї діяльності та ефективного виконання завдань і функцій є потреба у безпосередньому автоматизованому доступі до державних реєстрів та систем, перелік яких надала у додатку до листа і який налічує 20 державних реєстрів, інформаційних систем та баз даних³¹.

28 Лист Держаудитслужби України № 001200–16/8021–2023 від 17.07.2023 року. URL: <https://drive.google.com/file/d/1F2fNWEdbY5MT2D3vZCrIGfn4bZW2Zj0/view?usp=sharing>

29 Зведений перелік природних монополій, URL: <https://amcu.gov.ua/napryami/konkurenciya/arhiv-zvedenogo-pereliku-prirodnih-monopolij>

30 Зведені відомості щодо спотворення результатів торгів, URL: <https://amcu.gov.ua/napryami/oskarzhennya-publichni-zakupiveli/zvedeni-vidomosti-shchodo-spotvorenniya-rezultativ-torgiv>

31 Додаток до листа Держаудитслужби України № 001200–16/8021–2023 від 17.07.2023 року. URL: <https://docs.google.com/document/d/1DrpsRrBbLNAiVUe8jXqylxriCIWClYrm/edit?usp=sharing&oid=110364243299420582399&rtfpof=true&sd=true>

До джерел інформації, які державні аудитори використовують під час моніторингу, належать також **пояснення замовника** закупівлі. У період здійснення моніторингу посадова особа ОДФК, відповідальна за проведення моніторингу, має право через систему Prozorro *запитувати у замовника пояснення* (інформацію, документи) щодо ухвалених рішень та/або вчинених дій чи бездіяльності, які є предметом дослідження в рамках моніторингу.

Реагуючи на запит, замовник зобов'язаний протягом 3 робочих днів з дня оприлюднення запиту надати відповідні пояснення (інформацію, документи) через систему Prozorro. Незалежно від отриманих запитів замовник має право також і з власної ініціативи надавати пояснення – в межах предмета дослідження.

3. **Результати моніторингу.** Результати роботи державних аудиторів з моніторингу процедури закупівлі набувають форми письмового **висновку**. Такий висновок затверджує керівник ОДФК або його заступник. Аналогічно до рішення про початок моніторингу та листування із замовником, висновок оприлюднюється в системі Prozorro, строк оприлюднення – 3 робочі дні з дня складання.

Форму висновку про результати моніторингу процедури закупівлі та порядок її заповнення затверджено Наказом Міністерства фінансів України від 08.09.2020 року № 552.

Висновок має форму електронного документа, на нього накладають кваліфікований електронний підпис та завантажують на вебсторінку закупівлі в системі Prozorro.

Закон містить імперативні **вимоги до змісту висновку**, деталізовані в Наказі Міністерства фінансів України від 08 вересня 2020 року № 552³²:

- змістові пункти вступної частини висновку, які заповнюються на базі даних системи Prozorro:
 - реквізити замовника (найменування, місцезнаходження та ідентифікаційний код), щодо якого здійснювався моніторинг;
 - реквізити процедури закупівлі (назва предмета закупівлі, його лотів, коди за Єдиним закупівельним словником, очікувана вартість, номер оголошення, дата оприлюднення, вид);
 - підстава, з якої керівник ОДФК або його заступник ухвалив рішення розпочати моніторинг, дата початку моніторингу.
- змістові пункти констатуючої частини висновку, які заповнює власноруч посадова особа ОДФК:
 - **питання, що стало предметом** аналізу дотримання замовником законодавства у сфері публічних закупівель, **перелік проаналізованих документів та інформації**, дії ОДФК, яких було вжито відповідно до законодавства, щоб забезпечити проведення моніторингу, а також дата закінчення моніторингу.
Вказівка на «питання, що стало предметом розгляду» свідчить про те, що моніторинг процедури не завжди має означати повний аналіз дотримання закупівельного законодавства у процедурі, а все ж може проводитись частково. Втім, Закон не регламентує детально, в яких випадках моніторинг може здійснюватися частково, а в яких має бути виконаний повністю. Вочевидь, оскільки моніторинг можливий з моменту оголошення процедури, він може бути частковим, щонайменше для тих процедур, які не пройшли всі стадії на момент початку моніторингу та в яких ще не укладено договір.
 - **опис порушення** (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель, виявленого за результатами моніторингу, **АБО** інформація про відсутність порушень, якщо їх не виявлено³³. Якщо порушення є, потрібно зазначити структурну одиницю нормативно-правового акта, норми якої порушено, його реквізити, найменування та реквізити документів, на підставі яких зроблено висновок про наявність порушення, у разі потреби деталізуються суть та обставини допущення порушення.

Такі вимоги до опису нормативно-правового акта слугують додатковим підтвердженням того, що предметом моніторингу є аналіз дотримання не лише Закону, але й інших нормативно-правових актів у сфері закупівель.

- **зобов'язання щодо усунення** порушення (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель, зокрема структурну одиницю компетенційного нормативно-правового акта, на підставі

32 Наказ Міністерства фінансів України від 08.09.2020 року № 552 «Про затвердження форми висновку про результати моніторингу процедури закупівлі та порядку його заповнення». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0958-20#n18>

33 Деталізовані вимоги до цього пункту містить Порядок заповнення форми висновку про результати моніторингу процедури закупівлі, затверджений Наказом Міністерства фінансів України від 08.09.2020 року № 552.

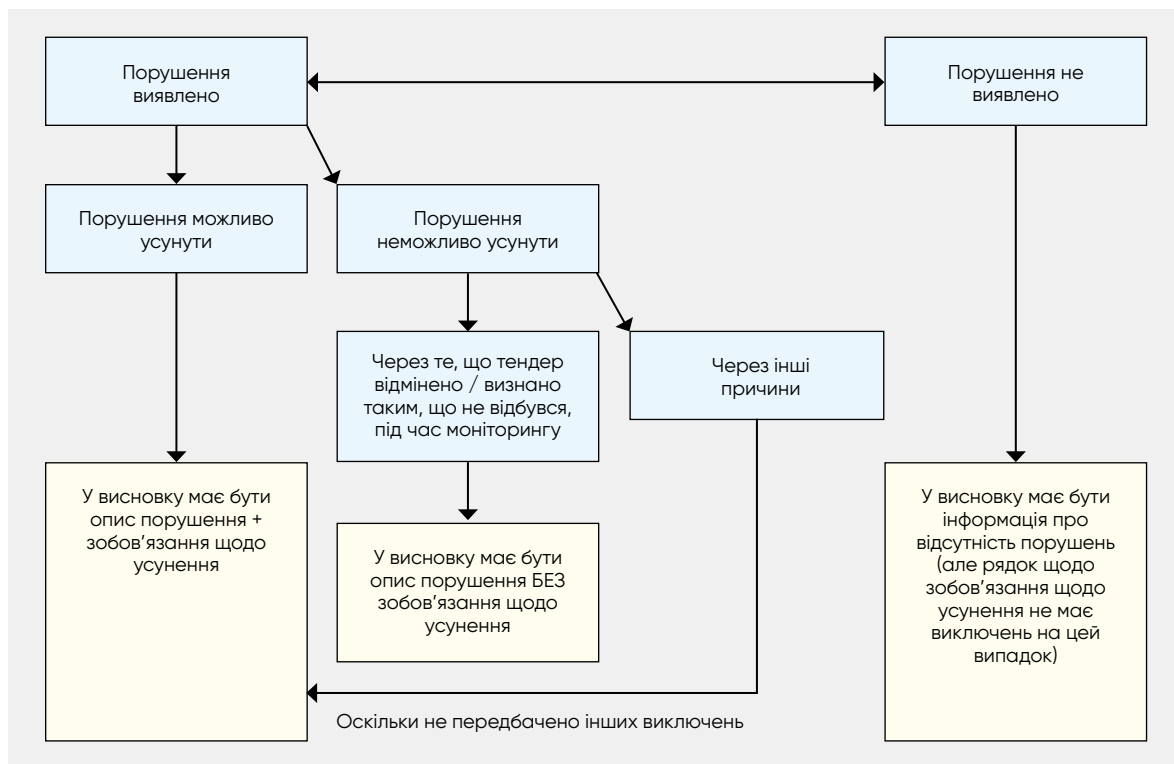
якого ОДФК зобов'язує замовника **усунути у встановленому законодавством порядку такі порушення³⁴, АБО**, якщо ознаки порушення виявлено, але під час моніторингу тендер відмінено, визнано його таким, що не відбувся – опис порушення зазначають без зобов'язання щодо усунення.

Дерево можливих варіантів змісту висновку про результати моніторингу (у частині опису порушення та зобов'язання щодо його усунення) зображено на Схемі 1. З нормативної бази вбачається, що єдиний виняток, коли зобов'язання щодо усунення порушення не потрібно зазначати – це випадок, коли тендер відмінено або визнано таким, що не відбувся, під час моніторингу. Для інших випадків такого винятку не передбачено, зокрема:

- для випадків, коли порушення неможливо усунути через інші причини (наприклад, воно вчинено на стадії проведення процедури закупівлі, а моніторинг провели на стадії виконання договору);
- для випадків, коли порушення неможливо усунути в інший спосіб, окрім як шляхом скасування процедури закупівлі, але порушення не несе істотних шкідливих наслідків для закупівлі (наприклад, не зазначено посаду уповноваженої особи в тендерній документації);
- і навіть для випадків, коли порушення відсутнє – формально для цього випадку також не передбачено виключень і залишається актуальною вимога зазначити зобов'язання щодо усунення порушення.

Закон та інші нормативні акти не містять переліку варіантів, які конкретно способи усунення порушень може містити зобов'язання, зазначене у висновку.

Схема 1. Дерево варіантів змісту висновку за результатами моніторингу процедури закупівлі в частині опису порушення та зобов'язання щодо його усунення.



У висновку посадова особа ОДФК може зазначити також додаткову інформацію.

4. **Виконання висновку моніторингу.** Розглянемо процеси, які відбуваються після оприлюднення висновку моніторингу, та можливі – передбачені Законом – варіанти розвитку подій.

³⁴ Наказ Міністерства фінансів України від 08.09.2020 року № 552 «Про затвердження форми висновку про результати моніторингу процедури закупівлі та порядку його заповнення». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/z0958-20#n18>

3 робочі дні від дня оприлюднення висновку має замовник, щоб скористатися своїм правом звернутися до ОДФК за роз'ясненням змісту висновку та своїх зобов'язань, які визначені в ньому. Зауважимо, що ця норма не передбачає строку, в межах якого надається роз'яснення, вимог до нього та взагалі прямої вказівки на обов'язок ОДФК надавати відповідь.

5 робочих днів з дня оприлюднення висновку має замовник, щоб виконати зобов'язання, зазначені у висновку. Можливі **3 варіанти правомірної реакції замовника на висновок моніторингу**:

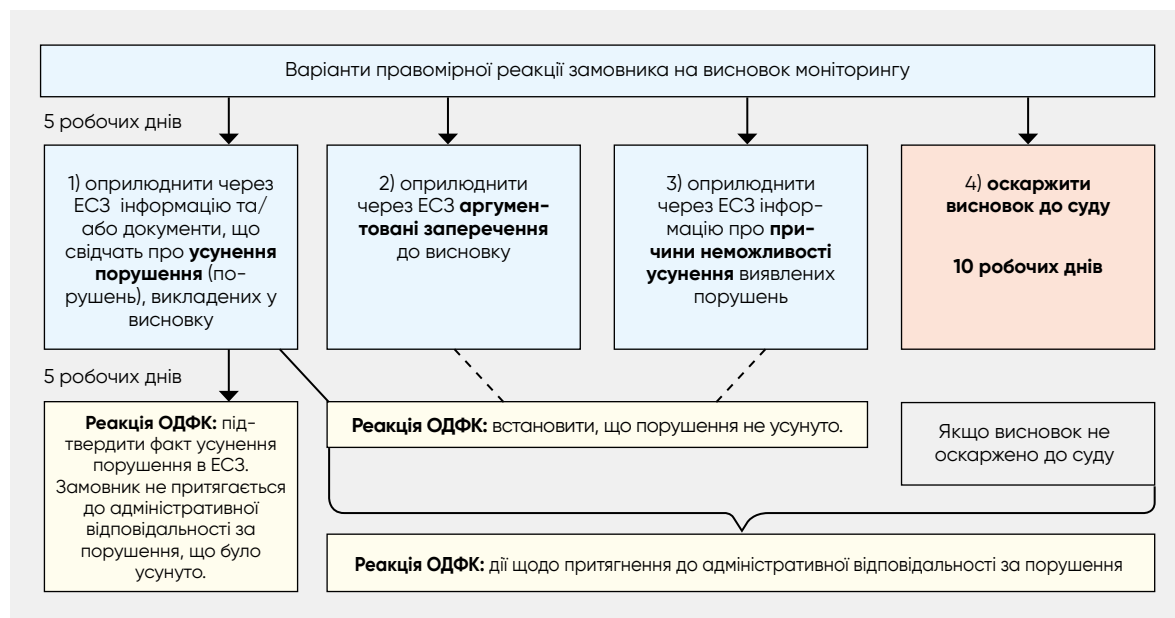
- 1) усунути порушення, зазначене у висновку, та оприлюднити через систему Prozorro інформацію та/або документи, що свідчать про його **усунення**. Якщо замовник обрав цей варіант, ОДФК має **5 робочих днів**, щоб оцінити дії замовника і підтвердити в системі Prozorro факт усунення порушення. Замовника не притягують до адміністративної відповідальності за порушення, що було усунуто.
- 2) оприлюднити в системі Prozorro **аргументовані заперечення** до висновку;
- 3) оприлюднити в системі Prozorro **інформацію про причини, з яких неможливо усунути виявлені порушення**.

Окрім того, замовник має право протягом 10 робочих днів з дня оприлюднення висновку **оскаржити** його до суду. Про факт оскарження «зазначається» в системі Prozorro протягом наступного робочого дня з дня оскарження³⁵. Також замовник зазначає в системі Prozorro про відкриття провадження у справі протягом наступного робочого дня з дня, коли він отримав інформацію про відкриття такого провадження та його номер.

Якщо ж замовник не усунув визначене у висновку порушення, що призвело до невиконання ним вимог, передбачених Законом, а також не оскаржив висновок до суду, то ОДФК вчиняє дії щодо **притягнення до адміністративної відповідальності** за порушення. У системі Prozorro «зазначається» номер протоколу (наступного робочого дня з дня його складання) та дата, «номер відкриття провадження у справі» (протягом наступного робочого дня з дня отримання інформації)³⁶.

Варіанти правомірної поведінки замовника як реакції на висновок моніторингу та їх наслідки, передбачені Законом, зображені на Схемі 2.

Схема 2. Варіанти правомірної реакції замовника на висновок моніторингу та їх наслідки.



Аналіз наведених варіантів та їхніх взаємозв'язків із наслідками свідчить, що навіть якщо замовник оприлюднить у системі Prozorro аргументовані заперечення щодо висновку або інформацію про причини неможливості усунення порушення, вирішальними чинниками, від яких залежить звільнення його від відповідальності, є виконання приписів висновку або оскарження висновку до суду. Якщо замовник

³⁵ Вочевидь інформацію про це має оприлюднити замовник, але норма має безособове формулювання.

³⁶ Ця норма також має безособове формулювання, але вочевидь цю інформацію має вносити до ЕСЗ ОДФК.

не усуне порушення та не оскаржить висновок до суду, ОДФК має повноваження вжити заходів щодо притягнення його до адміністративної відповідальності.

Окрім того, Закон не регламентує подальших дій сторін та строків їх виконання у випадках, коли замовник подав адміністративний позов про оскарження висновку моніторингу, але суд залишив позовну заяву без руху, відмовив у відкритті провадження або відмовив у задоволенні позову. Якщо вважати поняття «оскаржити» та поняття «подати адміністративний позов до суду» тотожними, то в цих випадках замовник також оскаржив висновок і формально це виключає притягнення його до відповідальності за неусунення порушення. Тоді як справа не розглянута по суті або ж висновок визнаний правомірним і у позові відмовлено.

Заходи щодо притягнення до адміністративної відповідальності

Одним із можливих наслідків моніторингу є притягнення замовника до адміністративної відповідальності – якщо замовник не усунув визначене у висновку порушення і водночас не оскаржив висновок до суду.

За інформацією, оприлюдненою на сайті Держаудитслужби³⁷ та отриманою в листі від неї, можливість притягнення замовника до відповідальності пов'язана з проблемою доступу ОДФК до персональних даних особи, яка вчинила адміністративне правопорушення.

Для притягнення особи до відповідальності на різних стадіях потрібні такі персональні дані:

- Для зазначення у протоколі за статтею 256 Кодексу: відомості про особу, яка притягається до адміністративної відповідальності;
- Для подальшого винесення постанови у справі за статтею 283 Кодексу: відомості про особу, стосовно якої розглядається справа (**прізвище, ім'я та по батькові (за наявності), дата народження, місце проживання чи перебування**). Також відомості про особу потрібні для спрямування їй повістки з суду за статтею 277–2 Кодексу.
- Для примусового виконання постанови відповідно до вимог статті 4 Закону України «Про виконавче провадження» у виконавчому документі має бути: **прізвище, ім'я та, за наявності, по батькові боржника, адреса місця проживання чи перебування, дата народження боржника – фізичної особи, РНОКПП або серія та номер паспорта (для тих осіб, які не мають РНОКПП)**. Якщо виконавчий документ не відповідає цим вимогам, то він повертається стягувачу без прийняття до виконання³⁸.

Отже, для притягнення до адміністративної відповідальності особи потрібна така інформація про неї: ПІБ, дата народження, місце проживання/перебування, РНОКПП / паспортні дані (для тих осіб, які не мають РНОКПП). Проте чинне законодавство не містить повноцінного порядку одержання ОДФК цієї інформації. Тому ОДФК звертаються до замовників із запитом на отримання персональних даних.

За інформацією на сайті Держаудитслужби, протягом 2019 року апаратом Держаудитслужби було надіслано 93 запити замовникам (які не усунули порушення, та не оскаржили висновки до суду) на отримання персональних даних. Однак 42 замовники, які не вжили заходів щодо усунення виявлених порушень при проведенні 69 процедур закупівель вартістю понад 755,2 млн грн, сприяли уникненню адміністративної відповідальності своїми службовими (посадовими) особами, які вчинили такі порушення, не надавши запитованої інформації³⁹.

У 2021 році Держаудитслужба спробувала⁴⁰ ініціювати подання законопроекту, який врегулював би питання доступу ОДФК до персональних даних порушників. Але станом на липень 2023 року проблема залишається актуальною.

У листі № 001200–16/8021–2023 від 17.07.2023 року щодо проблеми нормативної бази доступу до персональних даних Держаудитслужба повідомила, зокрема, таке:

37 Новина «Злий намір чи прикра випадковість, або хто перешкоджає нам здійснювати свої повноваження?». URL: <https://dasu.gov.ua/ua/news/775>

38 Пункт 6 частини 4 статті 6 Закону України «Про виконавче провадження».

39 Новина «Злий намір чи прикра випадковість, або хто перешкоджає нам здійснювати свої повноваження?». URL: <https://dasu.gov.ua/ua/news/775>

40 Лист Держаудитслужби «Про внесення законопроекту на розгляд Уряду» № 002500–15/11369–2021 від 07.09.2021 року. URL: <https://cutt.ly/bwlprOEd>

«Відповідно до частини другої статті 11 Закону України «Про публічні закупівлі» під час користування електронною системою закупівель уповноважена особа вносить до електронної системи закупівель персональні дані, надає згоду на їхню обробку та оновлює такі дані у разі їх зміни.

Водночас, незважаючи на низку зустрічей з представниками ДП «Прозорро», Міністерства економіки України, Державної міграційної служби України, **питання організації доступу відповідних контролюючих органів до персональних даних уповноважених осіб не вирішено**, що не сприяє притягненню правопорушників до адміністративної відповідальності.

Для вирішення проблемного питання <...> ініціювались зміни до Порядку електронної інформаційної взаємодії Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства фінансів України та центральних органів виконавчої влади, діяльність яких спрямовується та координується Кабінетом Міністрів України через Міністра внутрішніх справ України та Міністра фінансів України, затвердженого наказом Міністерства внутрішніх справ України, Міністерства фінансів України від 13 травня 2020 року № 386/208 <...>, щодо отримання з Єдиного державного демографічного реєстру відповідних персональних даних про осіб, щодо яких складаються протоколи про адміністративні правопорушення. **Проте відповідні зміни до зазначеного наказу за результатами низки нарад та зустрічей, які відбувались у 2021–2023 роках, не внесені»⁴¹.**

Таким чином, на стадії притягнення до адміністративної відповідальності спостерігається проблема доступу ОДФК до персональних даних осіб, які вчинили адміністративне правопорушення.

Обнадійливим в цьому аспекті є прийняття Закону України від 13 липня 2023 року № 3233-ІХ, який передбачив кримінальну відповідальність за невиконання законних вимог ОДФК, створення штучних перешкод у роботі ОДФК та надання їм завідомо неправдивої інформації⁴².

Одним з прав ОДФК є *право одержувати* від державних органів та органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій усіх форм власності, інших юридичних осіб та їхніх посадових осіб та ФОП інформацію, документи і матеріали, необхідні для виконання покладених завдань⁴³. Тому потенційно ненадання персональних даних на вимогу ОДФК теж може розглядатися як невиконання законних вимог та призводити до кримінальної відповідальності. Остаточний висновок про те, чи вирішать ці зміни проблему доступу ОДФК до персональних даних, можна буде зробити з появою відповідної практики.

Розмежування компетенції

Держаудитслужба України та її підрозділи (ОДФК) є не єдиними органами, які уповноважені розглядати питання про порушення законодавства в публічних закупівлях. Тому виникає необхідність розмежування компетенції ОДФК та інших органів у суміжних питаннях.

Насамперед Закон розмежує компетенцію ОДФК та органу оскарження – відповідної Комісії (комісій) з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель Антимонопольного комітету України (далі – Комісія АМКУ).

Ключовими правилами такого розмежування є такі:

- Моніторинг процедури закупівлі не проводиться *на наявність вимог, що обмежують конкуренцію* та призводять до дискримінації учасників⁴⁴ – це питання належить до компетенції Комісії АМКУ при розгляді скарг.
- Якщо Комісія АМКУ прийняла до розгляду скаргу від суб'єкта оскарження, ОДФК **не розпочинає** моніторинг щодо тих порушень, обставин, підстав, що були або є предметом розгляду Комісії АМКУ – незалежно від прийнятого органом оскарження рішення щодо таких порушень, обставин, підстав.
- Якщо Комісія АМКУ прийняла до розгляду скаргу від суб'єкта оскарження після початку

41 Лист Держаудитслужби № 001200–16/8021–2023 від 17.07.2023 року. URL: <https://drive.google.com/file/d/1F2fVWEdbY5MT2D3vZCrGfVn4bZW2Zj0/view?usp=sharing>

42 Закон України «Про внесення змін до Кримінального та Кримінального процесуального кодексів України щодо усунення суперечностей у караності кримінальних правопорушень». URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/3233-IX#Text>

43 Пункт 11 статті 10 Закону Про основні засади.

44 На практиці в результаті моніторингів ОДФК подекуди виявляють випадки встановлення дискримінаційних умов, проте кваліфікують такі дії замовника як порушення статті 22 Закону в частині встановлення умов, наприклад, щодо іншого предмета закупівлі (або як інше порушення, встановлення якого належить до компетенції ОДФК). Детальніше такі випадки ми розглянемо в розділі про дослідження практики моніторингів.

моніторингу чи після оприлюднення висновку, керівник ОДФК (його заступник) та замовник вчиняють наступні дії:

- 1) керівник ОДФК або його заступник **зупиняє** рішення ОДФК протягом наступного робочого дня з дня розміщення скарги суб'єктом оскарження в системі Prozorro до моменту оприлюднення рішення АМКУ. Зауважимо, що обов'язок зупинити рішення ОДФК протягом наступного робочого дня з дня розміщення скарги суперечить підставі зробити це в разі прийняття скарги до розгляду, оскільки Комісія АМКУ приймає скаргу до розгляду протягом трьох робочих днів з дня її розміщення в системі Prozorro⁴⁵. Натомість протягом наступного робочого дня з дня її розміщення – в більшості випадків невідомо, чи прийме Комісія АМКУ скаргу до розгляду.
 - 2) **замовник** зупиняє виконання зобов'язань щодо усунення порушення (порушень), викладених у висновку, щодо тих порушень, обставин, підстав, що стали предметом розгляду Комісією АМКУ.
- Після того як Комісія АМКУ оприлюднить своє рішення по скарзі, замовник усуває порушення, зазначене у висновку моніторингу, лише в тій частині, яку не розглядала Комісія АМКУ.
 - Якщо рішення Комісії АМКУ оскаржується в суді, то ОДФК не розпочинають моніторинг процедури щодо тих порушень, обставин, підстав, які були або є предметом судового розгляду.
 - Навіть якщо до ОДФК надходить інформація про ознаки порушень у закупівлі, які не були предметом розгляду Комісії АМКУ та/або судом, ОДФК приймає рішення про початок моніторингу щодо інших ознак порушень після того, як Комісія АМКУ оприлюднить своє рішення або набуде законної сили рішення суду.

Таким чином, за нормами про розмежування компетенції ОДФК та Комісії АМКУ можна простежити певний **пріоритет рішень, процесуальних дій, висновків Комісії АМКУ як органу оскарження порівняно з діями, рішеннями та висновками ОДФК**.

Щодо **розмежування компетенції ОДФК та інших органів** з питань, пов'язаних з моніторингами процедур закупівель, в Законі зазначено наступне. Якщо ОДФК за результатами моніторингу виявив ознаки порушення законодавства, розгляд яких не належить до компетенції ОДФК, про це «письмово повідомляються» відповідні державні органи. Вочевидь ця норма покликана, насамперед, врегулювати ситуації, коли ОДФК виявляють ознаки кримінальних правопорушень та мають повідомити про них відповідні правоохоронні органи. Під час моніторингу можуть бути виявлені ознаки діянь, які надалі можуть бути кваліфіковані як такі злочини:

- Привласнення, розтрата або заволодіння чужим майном шляхом зловживання службовою особою своїм службовим становищем (стаття 191 Кримінального кодексу України (далі – КК України));
- Зловживання владою або службовим становищем (стаття 364 КК України);
- Службове підроблення (стаття 366 КК України);
- Службова недбалість (стаття 367 КК України).

Повноваження звертатись до правоохоронних органів закріплено за Держаудитслужбою і в Положенні про Державну аудиторську службу України, затвердженому постановою Кабінету Міністрів України від 3 лютого 2016 року № 43. Згідно з ним, Держаудитслужба *передає в установленому порядку правоохоронним органам матеріали за результатами державного фінансового контролю у разі встановлення порушень законодавства, за які передбачено кримінальну відповідальність або які містять ознаки корупційних діянь*⁴⁶.

Отже, механізм моніторингу процедури закупівлі регламентований Законом доволі детально, проте не у всіх аспектах має чітке регулювання. Аналіз правового регулювання механізму моніторингу дозволяє виявити такі ознаки недоліків та проблем:

- відсутні принципи визначення черговості закупівель для моніторингу, вказівки на пріоритетні категорії закупівель, які підлягають обов'язковому або нагальному моніторингу;
- ОДФК мають повноваження виявляти під час моніторингу будь-які порушення законодавства у сфері публічних закупівель, це створює передумови для розмиття фокусу уваги ОДФК, пошуку формальних та несуттєвих порушень;
- недостатньо врегульовано доступ ОДФК до державних реєстрів, баз даних, інформаційних систем, доступу до яких ОДФК потребує для якісного аналізу інформації, а також до персональних даних правопорушників;

⁴⁵ Частина 11 статті 18 Закону України «Про публічні закупівлі».

⁴⁶ Положення про Держаудитслужбу України, затверджене постановою Кабінету Міністрів України від 3 лютого 2016 року № 43. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/43-2016-%D0%BF#Text>

- відсутні вказівки на конкретні способи усунення порушень, у межах яких ОДФК може формулювати зобов'язання для замовника;
- зобов'язання про усунення порушення має зазначатись у висновку навіть у тих випадках, коли порушення неможливо усунути процесуально (окрім як шляхом відміни закупівлі або розірвання договору);
- право замовника оприлюднити аргументовані заперечення щодо висновку або інформацію про причини неможливості усунення порушення не звільняє його від обов'язку виконувати вимоги висновку, лише судове оскарження;
- поверхнево врегульовано подальші дії сторін у разі судового оскарження: не регламентовано подальших дій сторін та строків їх виконання у випадках, коли замовник подав адміністративний позов, але позов не був задоволений;
- відсутній прями́й обов'язок ОДФК надавати роз'яснення на запит замовника, вимоги до нього, строки надання;
- неузгоджені строки зупинення рішення ОДФК у зв'язку з поданням скарги до Комісії АМКУ та підстави такого зупинення;
- деякі обов'язки мають безособові формулювання: про факт оскарження висновку «зазначається» в системі Prozorro, про ознаки порушень «письмово повідомляються» відповідні державні органи, в системі Prozorro «зазначається» номер протоколу.

Також виявлено особливості регулювання, які за певних умов можуть становити або розглядатись як проблема, а саме:

- недостатнє регулювання підстав та меж проведення часткового моніторингу (в межах змісту звернення або ризик-індикатора, який спрацював, тощо), що може призводити до витрат ресурсів ОДФК на повний аналіз процедури закупівлі – навіть у випадках, коли він не є доцільним;
- повідомлення про початок моніторингу процедури закупівлі не зупиняє її проведення;
- відсутня така підстава для початку моніторингу, як звернення суб'єктів господарювання.

Більш детально гіпотези щодо проблем, пов'язаних із нормативною базою моніторингів, сформовані у підрозділі 1.3 цього дослідження.

1.2. Особливості регулювання моніторингу публічних закупівель під час дії правового режиму воєнного стану

Із прийняттям Указу Президента України № 64/2022 від 24 лютого 2022 року в Україні почав діяти правовий режим воєнного стану. У період воєнного стану правове регулювання публічних закупівель – а отже, і їх моніторинг – зазнали суттєвих змін.

Насамперед наприкінці лютого 2022 року Уряд ухвалив Постанову № 169, згідно з якою оборонні та публічні закупівлі товарів, робіт і послуг здійснювались без застосування процедур закупівель та спрощених закупівель, визначених Законами України «Про публічні закупівлі» (далі – Закон) та «Про оборонні закупівлі»⁴⁷.

З 29 червня 2022 року внаслідок змін, внесених до Постанови Кабміну № 169, публічні закупівлі на суму 50 тис. грн і більше стали проводитись з використанням електронного каталогу та/або порядку проведення спрощених закупівель.

Але, як вже зазначалось у попередньому підрозділі, ані договори, укладені без застосування електронної системи закупівель (так звані «прямі договори»), ані закупівлі товарів через електронний каталог, ані спрощені закупівлі – не належать до процедур закупівель, а отже, **не могли підлягати моніторингу в порядку статті 8 Закону**.

Згодом Мінекономіки надало роз'яснення № 3323–04/50213–06 від 19.07.2022 року щодо підстав здійснення закупівель за Постановою № 169⁴⁸. Згідно з ним, замовник має використовувати відповідні

47 Постанова Кабінету Міністрів України № 169 від 28 лютого 2022 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/169-2022-%D0%BF/ed20220228#Text>

48 Роз'яснення Мінекономіки № 3323–04_50213–06 від 19.07.2022 року. URL: <https://cutt.ly/KwdTcRD6>

нормативно-правові акти Кабінету Міністрів України, прийняті в умовах воєнного стану, для цілей забезпечення необмеженого кола потреб, які при цьому об'єктивно пов'язані з виконанням повноважень та/або життям необхідних заходів під час дії особливого правового режиму. Натомість закупівлі, здійснення яких не потребує використання особливих механізмів закупівель, нерозривно пов'язаних із введенням воєнного стану, мають проводитись з дотриманням вимог Закону.

Втім, незважаючи на надане роз'яснення, внаслідок лютневих змін у правовому регулюванні значна частина закупівель вибула з кола об'єктів моніторингу. Так, якщо порівняти кількість закупівель, проведених за різними методами за період з 28 лютого по 18 жовтня⁴⁹ у 2021 та у 2022 роках, вбачаються такі відмінності:

Таблиця 2. Кількість та очікувана вартість закупівель, здійснюваних за різними методами, у період з 28 лютого по 18 жовтня у 2021 та у 2022 роках⁵⁰.

Метод закупівлі	Кількість лотів у 2021 році (з 28 лютого по 18 жовтня)	Кількість лотів у 2022 році (з 28 лютого по 18 жовтня)	Очікувана вартість у 2021 році (з 28 лютого по 18 жовтня), тис. грн	Очікувана вартість у 2022 році (з 28 лютого по 18 жовтня), тис. грн
Закупівля без використання електронної системи (базова)	2 651 639 (83,25%)	1 156 968 (89,53%)	43 768 183 (4,87%)	54 930 054 (19,90%)
Спрощена закупівля	192 457 (6,04%)	80 959 (6,26%)	34 909 354 (3,89%)	71 619 285 (25,95%)
Відкриті торги	150 455 (4,72%)	26 104 (2,02%)	181 818 234 (20,25%)	33 271 350 (12,05%)
Переговорна процедура за нагальною потребою	15 006 (0,47%)	6 260 (0,48%)	12 360 227 (1,38%)	15 726 683 (5,70%)
Переговорна процедура	29 755 (0,93%)	6 771 (0,52%)	38 882 801 (4,33%)	45 000 614 (16,30%)
Відкриті торги з публікацією англійською мовою	26 435 (0,83%)	4 006 (0,31%)	540 932 803 (60,23%)	52 269 931 (18,94%)
Допорогова закупівля	53 266 (1,67%)	775 (0,06%)	29 782 067 (3,32%)	895 570 (0,32%)
Запит ціни пропозиції	6 647 (0,21%)	4 137 (0,32%)	201 750 (0,02%)	346 261 (0,13%)
Пряма закупівля через е-каталог	7 436 (0,23%)	4 347 (0,34%)	127 595 (0,01%)	211 232 (0,08%)
Закупівля без використання електронної системи (COVID-19)	50 670 (1,59%)	1 835 (0,14%)	9 441 152 (1,05%)	263 782 (0,10%)
Закупівля за рамковою угодою	483 (0,02%)	115 (0,01%)	5 822 508 (0,65%)	1 476 531 (0,53%)
Спрощена процедура закупівлі (для потреб оборони)	1 047 (0,03%)	–	26,8 (0,00%)	–

Отже, у період майже 8 місяців 2022 року процедур, щодо яких можливо провести моніторинг, було оголошено менше, ніж в аналогічний період 2021 року. Зокрема, спостерігається зменшення питомої ваги відкритих торгів та відкритих торгів з публікацією англійською мовою («евроторгів») у розрізі кількості та очікуваної вартості, зростання питомої ваги спрощених закупівель та прямих договорів у розрізі очікуваної вартості.

Повернення до відкритих торгів як основного методу закупівель

Одним із ключових оновлень у регулюванні закупівель під час воєнного стану стала можливість для Кабінету Міністрів України визначати особливості здійснення публічних закупівель своїми актами. Так, Закон України № 2526-IX від 16 серпня 2022 року доповнив Прикінцеві та перехідні положення Закону пунктом 3⁻⁷, згідно з яким на період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування **особливості здійснення закупівель** товарів, робіт і послуг для замовників, передбачених цим Законом, **визначаються Кабінетом Міністрів України** із забезпеченням захищеності таких замовників від воєнних загроз.

⁴⁹ Період дії правового регулювання публічних закупівель Постановою Кабміну № 169 від 28 лютого 2022 року до набуття чинності Постановою Кабміну № 1178 від 12 жовтня 2022 року.

⁵⁰ Дані оновлено станом на 05 серпня 2023 року. Дані можуть не враховувати інформацію щодо закупівель, які станом на дату вивантаження не відображаються в ЕСЗ Prozorro (наприклад, унаслідок приховання чутливої інформації в умовах воєнного стану).

Фактично це означало можливість для Кабінету Міністрів України запровадити процедури, відмінні від передбачених Законом. Першу редакцію таких особливостей Уряд затвердив Постановою № 1178 від 12 жовтня 2022 року (далі – Постанова № 1178 або Особливості)⁵¹, вони набули чинності 19 жовтня 2022 року.

Запроваджуючи відкриті торги з особливостями та інші новації, ці Особливості, втім, **не змінювали порядок проведення моніторингів процедур закупівель**. Так, згідно з пунктом 23 Особливостей, моніторинг відкритих торгів здійснюється Держаудитслужбою та її міжрегіональними територіальними органами відповідно до статті 8 Закону. Винятком стали умови застосування автоматичних індикаторів ризиків: вони застосовуються з урахуванням Особливостей.

Разом з тим, не можна сказати, що прийняття Особливостей не вплинуло на моніторинги процедур закупівель, оскільки змінились самі процедури закупівель. Відтак державні аудитори порівнюють хід закупівлі та дії замовника в ній не з передбаченими Законом правилами «у чистому вигляді», а з вимогами Особливостей. Так, під час моніторингу процедур закупівель, оголошених у період з 19 жовтня 2022 року, ОДФК мають враховувати відмінності у регулюванні, основними з яких є такі:

- *відмінність у видах процедур*: відсутність відкритих торгів з публікацією англійською мовою, переговорних процедур;
- *відмінність у порогах очікуваної вартості*: відкриті торги з особливостями проводяться для придбання товарів та послуг вартістю 100 тис. грн і вище, послуг з поточного ремонту вартістю 200 тис. грн і вище, робіт вартістю 1,5 млн грн і вище – альтернативою для придбання товарів є електронний каталог;
- можливість визначити переможцем та укласти договір про закупівлю з *єдиним учасником*, який подав тендерну пропозицію згідно з умовами тендерної документації;
- можливість подання тендерної пропозиції, ціна якої *перевищує очікувану вартість* – якщо замовник передбачив таку можливість в умовах тендерної документації;
- більш широка дія *«правила 24 годин»*, згідно з яким замовник має надавати учаснику можливість виправити невідповідності у своїй тендерній пропозиції;
- скорочені строки, відведені на дії замовника на різних стадіях процедури;
- можливість не встановлювати кваліфікаційні критерії в разі закупівлі товарів;
- зміни в підставах відхилення тендерних пропозицій, підставах для внесення змін до договору тощо.

Таким чином, центральним нормативно-правовим актом, на дотримання якого державні аудитори аналізують процедури закупівлі, оголошені в період з 19 жовтня 2022 року, є Постанова № 1178.

Зміна процедур закупівель вплинула на актуальність ризик-індикаторів, дані яких є однією з підстав для початку моніторингу. Перелік цих індикаторів затверджено Наказом Міністерства фінансів України від 28.10.2020 року № 647 (далі – Наказ № 647). Серед них:

- Ризик-індикатори RISK-1-1, 1-2, 1-2-1, 1-3, 1-17, 1-18 стосуються переговорної процедури, яка не проводиться відповідно до Особливостей.
- Ризик-індикатори RISK-1-4, 1-4-1, 1-12, 1-21-1, 2-10 стосуються відкритих торгів із публікацією англійською мовою, які не проводяться відповідно до Особливостей.
- Ризик-індикатори RISK-1-9, 1-9-1, 1-19, 2-5 – 2-8-1 базуються на порогах очікуваної вартості, встановлених Законом. Не враховують змін вартісних порогів внаслідок прийняття Особливостей, а також не враховують широке коло підстав для укладення прямих договорів на надпорогові суми під час воєнного стану.

Таким чином, ризик-індикатори, передбачені Наказом № 647, частково не відповідають чинній Постанові № 1178.

Досліджуючи позиції зацікавлених та відповідальних сторін щодо цієї проблеми, ми звернулись із запитом до Держаудитслужби України та ДП «Прозорро». У запиті було порушено питання щодо роботи автоматичних індикаторів ризиків, а також напрацювання нормативних змін для їх удосконалення, уніфікації з чинним законодавством.

51

Особливості 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, затверджені постановою Кабінету Міністрів України від 12 жовтня 2022 року № 1178. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/1178-2022-%D0%BF#Text>

Листом № 001200–16/8250–2023 від 21.07.2023 року Держаудитслужба повідомила, зокрема, таке:

«...Наразі існуючий набір автоматичних індикаторів ризиків не забезпечує повне покриття можливих ризиків, які притаманні закупівлям, що проводяться в електронній системі закупівель Prozorro, потребує принципового перегляду алгоритмів формування черги ризикових процедур закупівель та віднесення окремих процедур до пріоритетних, що унеможливило належну реалізацію зазначених повноважень Держаудитслужбою».

Щодо напрацьованих проєктів змін та пропозицій Держаудитслужба України повідомила, що **«розробила проєкт наказу Міністерства фінансів України «Про внесення змін до Переліку автоматичних індикаторів ризиків» <...> та надіслала Міністерству фінансів України.**

Водночас з метою оптимізації здійснення державного фінансового контролю у сфері публічних закупівель Держаудитслужба звернулася <...> до Міністерства економіки України та ДП «Прозорро» щодо потреби усунення критичних проблем в алгоритмах системи Prozorro, що дозволить максимально охопити індикаторами усі ризики закупівель для цілей процесу моніторингу.

Міністерство економіки України листом від 29.08.2022 № 3311–05/62043–03 та ДП «Прозорро» листом від 15.08.2022 № 206/01/837/11 надали відповідь, що можливість перегляду автоматичних індикаторів ризиків з метою удосконалення їхньої роботи доцільно розглянути після припинення воєнного стану або його скасування, стабілізації роботи електронної системи закупівель та з урахуванням внесення змін до законодавства, яке змінить алгоритми розрахунку автоматичних індикаторів ризику»⁵².

Отже, в період дії воєнного стану Держаудитслужба розробляла пропозиції щодо змін до Наказу № 647, проте **такі пропозиції були напрацьовані раніше, ніж ухвалена Постанова № 1178, а отже не могли враховувати Особливостей.**

ДП «Прозорро» на запит щодо стану роботи ризик-індикаторів листом № 206/01/999/11 від 03.07.2023 року в аспекті нормативної бази повідомило, зокрема, таке:

«...Описи та методологія ризик-індикаторів не відображають змін, які відбулись в нормативному регулюванні сфери публічних закупівель, особливо під час повномасштабного вторгнення РФ. Зокрема, в Наказі, а відповідно і в методології розрахунку ризик-індикаторів використовуються неактуальні пороги проведення закупівель, не передбачена робота ризик-індикаторів у процедурі «Відкриті торги з особливостями», яка зараз використовується замовниками найчастіше тощо.

<...>ДП «Прозорро» вважає за доцільне терміново переглянути чинне законодавство щодо використання Держаудитслужбою автоматичних індикаторів ризику, визначити актуальний перелік ризик-індикаторів та розробити їхню методологію, а також відмовитись від складних механізмів формування черги ризикованих процедур. Натомість регулювати кількість процедур, які потрапляють до переліку ризикованих через зменшення кількості ризик-індикаторів та застосування лише тих індикаторів, які свідчать про ймовірність суттєвих порушень в процесі здійснення закупівель та виконання контрактів»⁵³.

Виходячи з наведеного, автоматичні індикатори ризиків у закупівлях, визначені Наказом № 647, не лише частково не відповідають Особливостям, але й навіть ті, що відповідають їм (наприклад, ризик, пов'язаний із великою кількістю відхилень), **взагалі не передбачені до застосування у відкритих торгах з особливостями**, які є основною конкурентною процедурою закупівлі з 19 жовтня 2022 року. Отже, нормативна база автоматичних ризик-індикаторів у процедурах закупівель та, як наслідок, їхня технічна реалізація потребують оновлення.

Окремо необхідно висвітлити вплив змін до законодавства про закупівлі, які відбулися під час воєнного стану, на моніторинг неконкурентних закупівель.

Згідно зі статтею 13 Закону, до процедур належить переговорна процедура закупівлі, яка застосовується як виняток. Вона є неконкурентною, але оскільки визнається процедурою у розумінні Закону – щодо неї міг проводитись моніторинг. Серед підстав її проведення передбачені такі обставини, як відсутність конкуренції з технічних причин, необхідність у постачанні додаткового обсягу товару або необхідність у закупівлі додаткових аналогічних робіт чи послуг у того самого учасника тощо.

52 Лист Держаудитслужби України № 001200–16/8250–2023 від 21.07.2023 року. URL: https://drive.google.com/file/d/10lhM87D0Zwk_-VCq65SSms788rDBEnXc/view?usp=sharing

53 Лист ДП «Прозорро» № 206/01/999/11 від 03.07.2023 року. URL: https://drive.google.com/file/d/1W08_CF6PJfYO4H6E6t11331-RSZZ5Ra3/view?usp=sharing

Як зазначалось, із ухваленням Постанови № 169 частина закупівель вибула з кола об'єктів моніторингу. Ухвалення Урядом Постанови № 1178 значно покращило ситуацію, проте навіть у жовтні 2022 року неконкурентні закупівлі **не повернулись** до кола об'єктів моніторингу, оскільки на відміну від Закону, Постанова № 1178 не передбачає переговорних процедур. Натомість більшість підстав колишньої переговорної процедури стали підставами для укладення договору без застосування електронної системи закупівель (у практиці іменованого «прямим договором»). Своєю чергою прямий договір не належить до процедур у розумінні Закону і не підлягає моніторингу, а також і оскарженню у відповідній комісії Антимонопольного комітету України. Таким чином, Особливості тривалий час продовжували **тенденцію неохоплення моніторингами неконкурентних закупівель**.

Ця ситуація мала докорінно змінитися 19 травня 2023 року із набуттям чинності змінами⁵⁴, які Уряд вніс до Постанови № 1178. Так, починаючи з 19 травня 2023 року Держаудитслужба та її міжрегіональні територіальні органи здійснюють моніторинг не лише процедур закупівель, **але й закупівель, за якими в ЕСЗ оприлюднюється звіт про договір про закупівлю, укладений без застосування ЕСЗ**, у порядку, встановленому статтею 8 Закону⁵⁵.

Такий крок – важливе зрушення у контролі за витрачанням публічних коштів. Адже, за даними системи Prozorro, лише за неповні два місяці дії оновленої редакції Особливостей з 19 травня по 16 липня 2023 року замовники уклали понад 13440 прямих договорів на придбання товарів та послуг на суму 12,14 млрд грн. Сума кожного з цих договорів становила понад 100 тис. грн. Також у цей період укладено 298 прямих договорів на закупівлю робіт на загальну суму 40,54 млрд грн. Законність цих закупівель потребує ретельної уваги та контролю – і тепер ОДФК мають правові інструменти для цього.

Втім, щодо нових повноважень ОДФК точаться дискусії.

По-перше, **дискусійним є питання охоплення моніторингами прямих договорів, укладених до набрання чинності змінами**, тобто до 19 травня 2023 року.

Згідно зі статтею 58 Конституції України, закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи.

На момент укладення прямих договорів до 19 травня 2023 року, не існувало норми про те, що щодо таких закупівель може здійснюватись моніторинг.

Мінекономіки у своєму [вебінарі](#)⁵⁶ висловило позицію про те, що зворотна дія норм у часі в даному випадку не виникає. Експерти Мінекономіки пояснюють це тим, що принцип недопущення зворотної дії норм у часі стосується насамперед **дій**, які розпочались в умовах певного правового регулювання та мають відповідно до нього і завершитися. Моніторинг закупівель поза процедурами не належить до таких випадків, на думку Мінекономіки. Підстави та порядок дій замовника не зазнали змін, його правовідносини та відповідальність також. Натомість державні аудитори отримали повноваження перевіряти ці дії на законність та обґрунтованість шляхом моніторингу. Причому аналізувати ці закупівлі державні аудитори будуть на відповідність тому законодавству, яке діяло на дату укладення договору.

Однак не виключено, що суди займуть іншу позицію в цьому питанні. Так, у рішенні Конституційного Суду України № 1-рп/99 від 9 лютого 1999 року⁵⁷ розтлумачено, що до події, факту застосовується той закон або інший нормативно-правовий акт, під час дії якого вони настали або мали місце.

Звертає на себе увагу і рішення Конституційного Суду України № 6-рп/2012 від 13 березня 2012 року⁵⁸. У цій справі розглядалось питання, чи є конституційною норма Закону України «Про засади запобігання і протидії корупції», за якою декларанти мають подати відомості про витрати, здійснені раніше, ніж набрала чинності норма про це. Конституційний Суд дійшов висновку:

54 Постанова Кабінету Міністрів України від 12 травня 2023 року № 471. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/471-2023-%D0%BF#Text>

55 Такий звіт не оприлюднюється для прямих договорів про придбання товарів, робіт, послуг вартістю до 50 тис. грн.

56 Вебінар «ВЕБІНАР НА ТЕМУ ПОВЕРНЕННЯ АУКЦІОНІВ В СИСТЕМУ». URL: <https://infobox.prozorro.org/articles/vebinar-na-temu-povernennya-aukcioniv-v-sistemu>

57 Рішення Конституційного Суду України № 1-рп/99 від 9 лютого 1999 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v001p710-99#Text>

58 Рішення Конституційного Суду України № 6-рп/2012 від 13 березня 2012 року. URL: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v006p710-12#Text>

«...У пункті 2 розділу VIII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону **встановлено контроль за витратами, здійсненими зазначеними особами у період з 1 липня 2011 року до 31 грудня 2011 року, тобто за відносинами, які виникли до набрання чинності статтею 12 цього Закону, чим порушено конституційну вимогу щодо незворотності дії в часі законів та інших нормативно-правових актів.**

З огляду на викладене Конституційний Суд України вважає, що положення пункту 2 розділу VIII «Прикінцеві та перехідні положення» Закону щодо надання у декларації за 2011 рік відомостей про витрати з дня набрання чинності цим Законом суперечить частині першій статті 58 Конституції України».

Таким чином, незважаючи на виключну важливість і доцільність моніторингу закупівель, здійснених не за «процедурами в розумінні Закону», в тому числі до 19 травня 2023 року – існує ризик тлумачення цієї норми судами як неможливої до застосування до закупівель, здійснених до 19 травня 2023 року. У такому разі обсяги надпорогових закупівель 2022–2023 року, щодо яких буде неможливо провести моніторинг, сягатимуть таких показників:

- За період з 28 лютого до кінця 2022 року – 72600 прямих договорів на закупівлю товарів та послуг, кожен з яких мав вартість 100 тис. грн і більше, сумарно – **120,76 млрд** грн.
- За той самий період – 1210 прямих договорів на закупівлю робіт вартістю 1,5 млн і більше, сумарно – **17,99 млрд** грн.
- За період з 01 січня по 18 травня 2023 року – 59270 прямих договорів на закупівлю товарів та послуг вартістю 100 тис. грн і більше, сумарно – **91,61 млрд** грн.
- За той самий період – 611 прямих договорів на закупівлю робіт вартістю 1,5 млн і більше, сумарно – **8,15 млрд** грн⁵⁹.

Для того щоб з'ясувати підхід Держаудитслужби до вирішення питання щодо моніторингу прямих договорів, укладених до 19 травня 2023 року, ми спрямували інформацію про ознаки порушень при укладенні прямих договорів до Держаудитслужби, її офісів та управлінь.

Держаудитслужба листом № 003100–16/7651–2023 від 06.07.2023 року⁶⁰ повідомила:

«Держаудитслужба та її міжрегіональні територіальні органи здійснюють моніторинг закупівель, за якими з 19.05.2023 в електронній системі закупівель оприлюднюється звіт про договір про закупівлю, укладений без застосування електронної системи закупівель <...>.

Відповідно до статті 58 Конституції України, закони та інші нормативно-правові акти не мають зворотної дії в часі, крім випадків, коли вони пом'якшують або скасовують відповідальність особи.

Висновками щодо тлумачення змісту статті 58 Конституції України, викладеними у рішеннях Конституційного Суду України від 13 травня 1997 року № 1-зп, від 9 лютого 1999 року № 1-рп/99, від 5 квітня 2001 року № 3-рп/2001, від 13 березня 2012 року № 6-рп/2012, закони та інші нормативно-правові акти поширюють свою дію тільки на ті відносини, які виникли після набрання законами чи іншими нормативно-правовими актами чинності».

Ідентичну позицію висловили територіальні органи, зокрема Управління Західного офісу Держаудитслужби в Закарпатській області листом № 130717–14/1633–2023 від 27.06.2023 року⁶¹.

Таким чином, державний фінансовий контроль за законністю укладання договорів до 19 травня 2023 року на надпорогові суми без застосування Prozorro та ефективністю витрачання бюджетних коштів у них може здійснюватися лише шляхом проведення тих заходів державного фінансового контролю, які були передбачені станом на день їх укладання – перевірки закупівель, а також під час державного фінансового аудиту та інспектування.

По-друге, виникає питання, **чи припустимо здійснювати моніторинг щодо тих договорів, які вже були виконані сторонами до моменту початку моніторингу.**

-
- 59 До цих даних не включались звіти про договори, укладені та оприлюднені організаторами, які не є замовниками у розумінні Закону. Дані можуть не охоплювати інформацію про договори, інформація щодо яких не відображається в електронній системі закупівель Prozorro станом на липень 2023 року, зокрема через необхідність приховання чутливої інформації під час воєнного стану.
- 60 Лист Держаудитслужби № 003100–16/7651–2023 від 06.07.2023 року <https://drive.google.com/file/d/1E0DC45nOGDPmQOxPz1iZogVBkZGMHN3r/view?usp=sharing>
- 61 Лист Управління Західного офісу Держаудитслужби в Закарпатській області № 130717–14/1633–2023 від 27.06.2023 року. URL: https://drive.google.com/file/d/1yzw_H0gbgrHUKXEm7JMwxEopEnEleySn/view?usp=sharing

За загальним правилом, відповідно до статті 8 Закону, такий моніторинг не є можливим, оскільки здійснюється протягом дії договору про закупівлю. Але водночас стаття 8 Закону регулює проведення моніторингу саме процедур закупівель, а отже, для «непроцедурних» договорів про придбання товарів, робіт, послуг регулювання може відрізнятися. Остаточне роз'яснення з цього питання очікується від Мінекономіки.

17.05.2023 року Мінекономіки видало Роз'яснення № 3323–04/22523–06 «Щодо внесення змін до особливостей здійснення публічних закупівель на період дії правового режиму воєнного стану та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування»⁶², яке містило частину «Щодо моніторингу закупівель». Втім, це Роз'яснення не містить істотних доповнень до тлумачення норм, наявних у пункті 23 Особливостей.

Підсумовуючи, у період дії правового режиму воєнного стану ключовою проблемою у нормативній базі, яка впливає на моніторинги публічних закупівель, став дозвіл проводити широке коло закупівель не як процедури у розумінні Закону. Це унеможливило проведення моніторингів щодо цих закупівель, здійснених до 19 травня 2023 року.

У жовтні 2022 року Уряд повернув левову частку закупівель у конкурентну площину, запровадивши на період дії воєнного стану нову процедуру – відкриті торги з особливостями. Саме вони є основним об'єктом моніторингу процедур закупівель у період дії воєнного стану. Але через зміни в законодавстві втратили актуальність автоматичні ризик-індикатори, які мали б підвищувати ефективність виявлення порушень.

1.3. Гіпотези щодо проблем, пов'язаних із нормативною базою моніторингу публічних закупівель

Розглянувши нормативну модель моніторингу публічних закупівель за Законом та вплив на неї змін законодавства в умовах воєнного стану, можна сформулювати гіпотези щодо проблем нормативної бази моніторингу.

Зауважимо, що висновки Головного юридичного управління, Головного науково-експертного управління Апарату Верховної Ради України до [законопроекту № 1076](#), яким народні депутати ініціювали зміни до Закону України «Про публічні закупівлі», зауважень до статті 8 Закону (у частині норм про моніторинг) не містили.

Втім, детальний розгляд нормативної моделі моніторингу, а також особливості регулювання після повномасштабного вторгнення демонструють ймовірність таких проблем:

1. На стадії визначення об'єкта моніторингу та початку моніторингу:

- 1) Відсутність законодавчо визначених пріоритетів для обов'язкового або першочергового моніторингу.

Закон визначає підстави для початку моніторингу процедури закупівлі, але **не передбачає пріоритетів** у відборі закупівель, принципів визначення черговості закупівель для моніторингу, вказівок на пріоритетні категорії закупівель, які підлягають обов'язковому та/або першочерговому моніторингу (наприклад, за очікуваною вартістю, за історією порушень конкретного замовника тощо). В умовах обмежених ресурсів це може призводити до моніторингу процедур закупівель із відносно невеликою очікуваною вартістю та незначними порушеннями

- 2) Невідповідність переліку автоматичних індикаторів ризиків чинному законодавству.

Перелік автоматичних індикаторів ризиків, затверджений Наказом Міністерства фінансів

62

Роз'яснення Мінекономіки № 3323–04/22523–06 від 17.05.2023 року «Щодо внесення змін до особливостей здійснення публічних закупівель на період дії правового режиму воєнного стану та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування». URL: <https://cutt.ly/cwdPfNhu>

України від 28.10.2020 року № 647, не відповідає Постанові Кабміну № 1178 від 12 жовтня 2022 року. Ризик-індикатори взагалі не працюють у відкритих торгах із особливостями, які з 19 жовтня 2022 року є основною конкурентною процедурою закупівлі.

- 3) Нормативні перешкоди здійсненню моніторингу щодо деяких категорій закупівель.

Можливість моніторингу закупівель, які не є процедурами, з'явилася лише з 19 травня 2023 року і, за принципом недопущення зворотної дії закону в часі, не поширюється на закупівлі, здійснені раніше за цю дату. Внаслідок цього моніторинг неможливий щодо договорів, укладених протягом 2022–2023 року без застосування електронної системи закупівель на надпорогові суми, які сукупно сягають понад 230 млрд грн. Втім, законність цих закупівель може бути перевірена шляхом інших заходів контролю – перевірки закупівель, а також під час державного фінансового аудиту та інспектування.

Також виявлено особливості регулювання цієї стадії, які за певних умов можуть становити або розглядатись як проблема, а саме:

- 4) Процедури закупівлі не зупиняються на період проведення моніторингів.

Повідомлення про початок моніторингу процедури закупівлі не зупиняє проведення процедур закупівель. Незважаючи на те, що максимальна тривалість моніторингу за вимогами Закону становить 15 робочих днів, моніторинг не зупиняє хід процедури закупівлі, і вони продовжують тривати. Це спричиняє ризик зміни стадії закупівлі та втрати процесуальної можливості виправити порушення, які будуть виявлені під час моніторингу. З іншої сторони, право замовника продовжувати процедуру, незважаючи на моніторинг, слугує запобіжником зловживанням з боку ОДФК.

- 5) Недостатньо врегульовано питання, у яких випадках необхідно проводити повний моніторинг закупівлі, а в яких – частковий.

Дефініція поняття моніторингу передбачає аналіз дотримання законодавства про закупівлі та не конкретизує, чи здійснюється моніторинг завжди повністю, чи може проводитись частково – в межах окремих питань. Стаття 8 Закону вказує на право ОДФК спрямовувати запити щодо рішень, дій/бездіяльності, які є предметом дослідження в рамках моніторингу. Порядок № 552 також посилається на «питання, що стало предметом розгляду». Це може свідчити про можливість часткового моніторингу (наприклад, у межах ризик-індикатора, який спрацював, або інформації, що надійшла у зверненні до ОДФК), але його умови та межі не регламентовані. Це може призводити до витрати ресурсів на повний аналіз процедури, коли вже виявлено кілька очевидних суттєвих порушень, а також, навпаки, до аналізу закупівлі лише в частині, яка не містить порушень, без фіксації порушень в інших частинах.

- 6) Відсутність інформації від суб'єктів господарювання серед підстав для початку моніторингу.

Підстави для того, щоб розпочати моніторинг, не включають інформацію від суб'єктів господарювання, хоча саме вони як учасники ринку можуть володіти інформацією про порушення з боку замовників та помічати зловживання – наприклад, факти закупівель без проведення конкурентних процедур, у яких вони могли б взяти участь.

Для захисту прав і законних інтересів осіб, пов'язаних з участю в процедурах закупівлі, діє відповідна комісія Антимонопольного комітету України як орган оскарження. Втім, подати скаргу можливо лише у процедурі закупівлі в розумінні Закону. Оскаржити можна умови процедури закупівлі, рішення, дії або бездіяльність замовника, якими порушено права або законні інтереси суб'єкта оскарження. Фактично підлягають оскарженню дискримінаційні або непрозорі умови тендерної документації, рішення про відхилення тендерної пропозиції, визначення переможця, відміну процедури. Отже, компетенція органу оскарження не охоплює розгляд усіх можливих правопорушень, передбачених статтею 164–14 Кодексу. Наприклад, у разі якщо суб'єкт господарювання виявив факти ухилення замовника від проведення конкурентної процедури, прями закупівлі у свого конкурента за завищеними цінами, безпідставне укладення додаткових угод між замовником та своїм конкурентом, він може бути зацікавлений повідомити про такі випадки до контролюючих органів, але Закон не передбачає таких звернень у якості підстави для того, щоб почати моніторинг. Нарешті, невиконання рішення органу оскарження, щодо якого суб'єкт господарювання має прямий інтерес, також не може бути оскаржене в умовах бездіяльності замовника.

- 7) Положення про офіси Держаудитслужби передбачають, що на території інших (не «своїх») адміністративно-територіальних одиниць офіси та управління можуть здійснювати державний фінансовий контроль (зокрема і моніторинги закупівель) за дорученням Голови Держаудитслужби та його заступників.

2. У процесі моніторингу:

- 1) Недостатня регламентація обсягу питань, які підлягають аналізу.

Дефініція моніторингу за Законом передбачає аналіз дотримання замовником законодавства про закупівлі. Але Закон не містить обмежень, що це мають бути саме ті норми, за порушення яких передбачена адміністративна відповідальність. Закон не обмежує та не встановлює перелік нормативно-правових актів, на відповідність яким аудитори проводять аналіз закупівлі. Тому фактично моніторинг передбачає аналіз процедури закупівлі на дотримання всієї нормативної бази публічних закупівель. Це може призводити до витрати ресурсів ОДФК на повний аналіз закупівлі та пошук у ній будь-яких, навіть несуттєвих порушень, у випадках, коли ризик-індикатор або інформація, що надійшла до ОДФК, вказувала на ймовірність суттєвого порушення.

- 2) Недостатнє нормативне забезпечення доступу ОДФК до необхідних баз даних.

Стаття 8 Закону передбачає, що ОДФК використовує бази даних, відкриті для доступу, для проведення моніторингу. На практиці ОДФК має доступ до деяких інформаційних баз. Зокрема, йдеться про ІТС «Податковий блок» та ІТС «Єдине вікно подання електронної звітності», Єдиний державний реєстр юридичних осіб, фізичних осіб – підприємців та громадських формувань.

Але чинне законодавство не містить детального порядку надання доступу ОДФК до реєстрів та баз даних, умов та порядку взаємодії з володільцями баз щодо забезпечення такого доступу. Відсутній нормативний акт, який би прямо зобов'язував та стимулював відповідні органи та установи, які є володільцями баз, надавати ОДФК доступ до них в автоматизованому режимі, у розумні строки, зокрема під час дії правового режиму воєнного стану.

Отримання доступу до необхідних баз стає результатом організаційних заходів, зусиль та перемовин ОДФК, укладання ними угод. Держаудитслужба України повідомила, що для посилення аналітичної складової своєї діяльності та ефективного виконання завдань і функцій є **потреба у безпосередньому автоматизованому доступі до державних реєстрів та систем, перелік яких надала на запит (20 державних реєстрів та систем)⁶³**, а саме:

1	Державний реєстр речових прав на нерухоме майно	Міністерство юстиції України
2	Державний реєстр обтяжень рухомого майна	Міністерство юстиції України
3	Автоматизована система виконавчого провадження	Міністерство юстиції України
4	Єдиний реєстр довіреностей	Міністерство юстиції України
5	Державний реєстр фізичних осіб – платників податків	Державна податкова служба України
6	Державний земельний кадастр	Державна служба України з питань геодезії, картографії та кадастру
7	Єдиний державний реєстр судових рішень	Державна судова адміністрація України
8	Портал «Є-дата»	Міністерство фінансів України
9	Система «Прозорий бюджет»	Міністерство фінансів України
10	Єдина державна електронна система у сфері будівництва	Міністерство інфраструктури України
11	Єдиний державний демографічний реєстр	Державна міграційна служба України
12	Єдина автоматизована інформаційна система митних органів	Державна митна служба України
13	Єдина інформаційна система МВС	МВС України
14	Єдиний державний реєстр осіб, які вчинили корупційні правопорушення	Національне агентство з питань запобігання корупції
15	Переліки фізичних та юридичних осіб, щодо яких застосовано персональні спеціальні економічні та інші обмежувальні заходи (санкції)	Рада національної безпеки і оборони
16	Мобільний додаток «Статистика»	Державна служба статистики України

>>

63 Додаток до Листа Держаудитслужби України № 001200–16/8021–2023 від 17.07.2023 року. URL: <https://cutt.ly/awdSdCWa>

17	Зведення рішень органів Антимонопольного комітету про визнання суб'єктами господарювання порушень законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді спотворення результатів торгів та накладення штрафу.	Антимонопольний комітет України
18	База даних українських експортерів	Міністерство економіки України
19	Єдиний ліцензійний реєстр	Державна регуляторна служба
20	Електронна система розкриття інформації учасників фондового ринку	Національна комісія з цінних паперів та фондового ринку

3. У вимогах до висновку за результатами моніторингу:

- 1) Незалежно від значущості та наслідків порушення, можливості його усунути на певній стадії, висновок за результатами моніторингу має містити зобов'язання щодо усунення порушення.

Єдиний виняток, коли у висновку не зазначають зобов'язання щодо усунення порушення – це відміна тендеру або визнання його таким, що не відбувся, під час проведення моніторингу. Якщо ж порушення неможливо усунути з інших причин (наприклад, неможливість внести зміни до річного плану або в оголошення про проведення закупівлі, неможливість змінити тендерну документацію на певній стадії, неможливість ухвалити інше рішення щодо розгляду пропозицій учасників на стадії, коли укладено договір), то *висновок моніторингу, тим не менш, має містити зобов'язання щодо усунення порушення.*

- 2) Відсутність прямо передбачених способів усунення порушень, до яких ОДФК може спонукати замовника за результатами моніторингу.

Норми Закону **не містять конкретних способів усунення порушень**, зокрема залежно від їхнього виду, суттєвості, наслідків, стадії процедури, можливості усунення у той чи інший спосіб. І хоча за Порядком № 552 у висновку моніторингу має бути посилання на структурну одиницю компетенційного нормативно-правового акта, на підставі якого ОДФК зобов'язує замовника усунути у встановленому законодавством порядку порушення – **законодавство не містить вичерпного порядку та переліку способів усунення порушень**, особливо в тих випадках, коли стадія процедури, на якій порушення було вчинено, вже минула.

Наприклад, порушення в тендерній документації можливо усунути шляхом внесення змін до тендерної документації – на відповідній стадії тендеру; порушення щодо відхилення або невідхилення тендерних пропозицій можна усунути шляхом скасування відповідних рішень – на стадії розгляду тендерних пропозицій. Але якщо ці стадії вже минули, то єдиною релевантною нормою для таких випадків виглядає норма пункту 2 частини 1 статті 32 Закону, згідно з якою замовник *відмінює тендер у разі неможливості усунення порушень*, що виникли через виявлені порушення законодавства у сфері публічних закупівель, з описом таких порушень, які неможливо усунути. Втім, усунення порушень шляхом скасування тендеру не в усіх випадках можна вважати доцільним способом його усунення, особливо якщо порушення носять формальний характер та не впливають на результати закупівлі. До того ж, на стадії, коли договір вже укладено, усунути порушення шляхом скасування процедури закупівлі – навіть із посиланням на пункт 2 частини 1 статті 32 Закону – вже неможливо.

Окрім невизначеності, яким має бути спосіб усунення порушення, наслідком цієї проблеми є високий ризик судового оскарження для будь-яких зобов'язань, які визначить ОДФК для замовника. Адже органи державної влади мають діяти виключно на підставі, в межах повноважень та у спосіб, передбачений Законом.

4. У процесах після оприлюднення висновку про результати моніторингу:

- 1) Прогалини в регулюванні наслідків виявлення порушень, за вчинення яких не передбачено адміністративну відповідальність.

У разі якщо замовник не усунув порушення, за яке передбачено адміністративну відповідальність, ОДФК вживають заходів щодо притягнення його до відповідальності. Але які наслідки мають наставати, якщо замовник **не усунув порушення, яке не передбачено** статтею 164–14 КУПАП – Закон не передбачає. Водночас норма про заходи щодо притягнення до відповідальності замовника в разі, якщо порушення не будуть усунуті, не містить виключень для випадків, коли адміністративну відповідальність за порушення не передбачено.

- 2) Проблема доступу посадових осіб ОДФК до персональних даних осіб, які вчинили адміністративне правопорушення.

Щоб притягнути до адміністративної відповідальності особу, яка вчинила адміністративне правопорушення, не усунула його та не оскаржила висновок моніторингу до суду, необхідні персональні дані такої особи. Зокрема: ПІБ, дата народження, місце проживання/перебування, РНОКПП / паспортні дані (для осіб, які не мають РНОКПП). Такі дані потрібні для складення протоколу, постанови, її примусового виконання. Проте чинне законодавство не містить повноцінного порядку одержання ОДФК цієї інформації. Тому ОДФК звертаються до замовників із запитом на отримання персональних даних, а замовники ухиляються від надання цієї інформації. ОДФК потребують гарантій доступу та регламенту взаємодії щодо отримання верифікованих персональних даних.

- 3) Прогалини в регулюванні варіантів правомірної реакції замовника на висновок моніторингу та їхніх наслідків.

Законом не повністю врегульовано причинно-наслідкові зв'язки між варіантами правомірної поведінки замовника як реакції на висновок моніторингу та притягненням або непритягненням його до відповідальності.

Так, замовник оприлюднює через систему Prozorro інформацію та/або документи, що свідчать про усунення порушення (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель, викладених у висновку, або аргументовані заперечення до висновку, або інформацію про причини, через які неможливо усунути виявлені порушення. Тобто *передбачено три варіанти правомірної поведінки замовника.*

Але частина 9 статті 8 Закону пов'язує **непритягнення** замовника до адміністративної відповідальності **лише з одним із варіантів – усуненням** порушення. Альтернативою, яка також виключає відповідальність замовника, є лише оскарження висновку в суді. Якою має бути подальша реакція ОДФК на аргументовані заперечення або інформацію про причини неможливості усунути порушення – Закон прямо не передбачає. Оскільки можливість непритягнення до адміністративної відповідальності передбачена лише в разі усунення порушення, то виходить, що надання аргументованих заперечень або інформації про неможливість усунути порушення не звільняє замовника від відповідальності. За таких умов ці два варіанти втрачають сенс, оскільки замовнику, аби уникнути відповідальності, залишається або усунути порушення, або оскаржити його в судовому порядку.

- 4) Відсутність норм про подальші дії замовника та ОДФК після судового оскарження.

Недостатньо врегульовано відносини замовника та ОДФК щодо виконання вимог висновку залежно від різних результатів подання позовної заяви. Зокрема, Закон не встановлює перелік та строки подальших дій сторін у випадках, коли оскарження висновку не завершилось задоволенням позову.

Окрім того, Закон не передбачає синхронізації електронної системи закупівель Prozorro з порталом «Судова влада» (у частині відомостей про стадію розгляду судової справи) та Єдиним державним реєстром судових рішень. Натомість обов'язок вносити інформацію про оскарження висновку моніторингу в судовому порядку Закон покладає на замовника. Внаслідок цього виникає ризик «людського чинника», який негативно впливає на повноту та достовірність інформації про судові оскарження висновків – зокрема, ризик внесення замовником недостовірної інформації. Закон не передбачає подальшого оновлення інформації про хід судової справи в системі Prozorro, окрім повідомлення на сторінці закупівлі про факт оскарження та відкриття провадження.

- 5) **Не передбачено відповідальності за саме по собі невиконання висновку про результати моніторингу.** Це може мати наслідком мінімальний рівень виконання вимог висновків, у яких зафіксовано порушення, що не передбачені статтею 164–14 Кодексу, оскільки за їх невиконання замовнику не загрожує адміністративна відповідальність.
- 6) Відсутність прямої вказівки на обов'язок ОДФК надавати роз'яснення на запит замовника, вимог до такого роз'яснення, строків його надання. Це може призводити до виникнення складнощів у отриманні замовниками більш детальної інформації, зокрема про вчинені ними порушення та спосіб їх усунення.

7) У нормах про розмежування роботи ОДФК та органу оскарження міститься неузгодженість між строками зупинення рішення ОДФК і підставами такого зупинення. А саме: керівник ОДФК зупиняє рішення ОДФК у разі прийняття до розгляду скарги до органу оскарження, але строк для такого зупинення – протягом наступного робочого дня з дня розміщення скарги суб'єктом оскарження в системі Prozorro. Строк в один робочий день з дня розміщення скарги є коротшим за строк прийняття скарги до розгляду органом оскарження, який за Законом складає три робочі дні. Тобто в момент, коли керівник ОДФК має зупинити рішення ОДФК, скарга може бути розміщена, але не прийнята до розгляду органом оскарження.

5. **Технічні недоліки:**

Замість чітких вказівок на суб'єкта, який має виконати певну дію, Закон подекуди містить безособові формулювання щодо обов'язків: про факт оскарження «зазначається» в системі Prozorro, про ознаки порушень «письмово повідомляються» відповідні державні органи, в системі Prozorro «зазначається» номер протоколу. Ці норми потребують коригування з точки зору юридичної техніки.

В наступному розділі дослідимо показники діяльності ОДФК на кожній стадії моніторингу від його початку до усунення порушення або судового оскарження та перевіримо, чи підтверджуються ці гіпотези на практиці, а також які з окреслених проблем виявляють найбільше.

РОЗДІЛ 2. Результати роботи органів державного фінансового контролю з моніторингу публічних закупівель

— 2.1. Аналіз даних щодо початку та процесу моніторингу, виявлених порушень

За допомогою публічного модуля аналітики BI Prozorro ми отримали та проаналізували числові показники, які характеризують проведені моніторинги публічних закупівель на різних стадіях. Визначаючи ключові показники для дослідження, ми керувались тим, які характеристики відображають ефективність моніторингів та їхній вплив на закупівельний процес.

Насамперед ми дослідили: кількість моніторингів, показник охоплення ними закупівель, підстави проведення моніторингів, типи порушень, що їх найчастіше виявляють аудитори в моніторингах.

— Кількість моніторингів

Для оцінки обсягів роботи ОДФК з моніторингу публічних закупівель ми дослідили кількісні показники їхньої діяльності в цьому напрямку. За даними електронної системи закупівель Prozorro⁶⁴, щорічна кількість розпочатих моніторингів стартувала від 267 у 2018 році та сягнула 11920 моніторингів у 2022 році.

- 2018 рік – 267 моніторингів (з них висновки оприлюднено в 266 моніторингах)
- 2019 рік – 8740 моніторингів (з них висновки оприлюднено в 8720 моніторингах)
- 2020 рік – 9960 моніторингів (з них висновки оприлюднено в 9950 моніторингах)
- 2021 рік – 10 380 моніторингів (з них висновки оприлюднено в 10350 моніторингах)
- 2022 рік – 11920 моніторингів (з них висновки оприлюднено в 11870 моніторингах)⁶⁵

Отже, кількість моніторингів, які розпочинали державні аудитори, щорічно зростала. При цьому майже всі вони були доведені до кінця – мали оприлюднений в системі Prozorro висновок.

Протягом першого півріччя 2023 року державні аудитори розпочали 6530 моніторингів, тобто тенденція до зростання кількісних показників їхньої роботи зберігається, і кількість моніторингів у 2023 році потенційно може сягнути 13 тис. за рік.

⁶⁴ Інформацію про показники моніторингів досліджено за допомогою публічного модуля аналітики BI Prozorro, в якому не відображається інформація щодо моніторингів I етапів конкурентного діалогу та рамкових угод.

⁶⁵ Дані щодо кількості моніторингів автоматично заокруглені до десяти, якщо кількість перевищує 1000.

Охоплення процедур закупівель моніторингами

Незважаючи на переконливі показники кількості моніторингів, здійснюваних щорічно, повноцінно оцінити їхню достатність – у кількісному вимірі – можливо лише, якщо перевірити, наскільки повно закупівлі охоплені ними.

Відповідно до законодавства, чинного протягом 2020–2022 років, не всі види закупівель підлягали моніторингу. Тому справедливо оцінити показник охоплення можна лише у співвідношенні з кількістю тих закупівель, які дозволяв моніторити закон. Як зазначалось вище, стаття 8 Закону передбачає порядок здійснення моніторингу лише **процедур** публічних закупівель. Ними вважаються відкриті торги, торги з обмеженою участю, конкурентний діалог, а також, як виняток, переговорна процедура закупівлі.

До того ж, іноді через електронну систему закупівель Prozorro закупівлі проводять організатори, які не є замовниками в розумінні Закону – такі закупівлі також не підлягають моніторингам ОДФК. Тому, визначаючи показник охоплення, коректно буде виключити їх із обсягу закупівель, які враховуємо.

За даними електронної системи закупівель Prozorro, у 2020–2022 роках моніторингами було охоплено такі частки закупівель (серед методів, за якими було можливо моніторити та які відображаються в публічному модулі аналітики BI Prozorro в розрізі моніторингів⁶⁶):

Таблиця 2.1. Охоплення моніторингами закупівель у розрізі кількості закупівель⁶⁷

Процедура закупівлі	Закупівлі, оголошені в 2020 році	Закупівлі, оголошені в 2021 році	Закупівлі, оголошені в 2022 році
Відкриті торги	3,66%	3,73%	3,75%
Відкриті торги з публікацією англ. мовою	9,78%	9,23%	5,45%
Переговорна процедура	3,18%	3,92%	6,38%
Переговорна процедура за нагальною потребою	2,86%	2,06%	2,97%
Переговорна процедура для потреб оборони	3,50%	–	–
Відкриті торги з особливостями	–	–	2,23%
Закупівля за рамковою угодою	–	0,52%	0,74%
Загальне охоплення ⁶⁸	3,95%	4,00%	4,00%

Необхідно зазначити, що моніторинг процедур закупівель може здійснюватися протягом усього періоду дії договору про закупівлю. А тому наведені вище показники можуть збільшуватися, а кількість промоніторених закупівель – поповнюватися тими, за якими досі діє договір про закупівлю.

Таблиця 2.2. Охоплення закупівель моніторингами в розрізі очікуваної вартості⁶⁹.

Процедура закупівлі	Закупівлі, оголошені в 2020 році	Закупівлі, оголошені в 2021 році	Закупівлі, оголошені в 2022 році
Відкриті торги	20,79%	26,06%	16,96%
Відкриті торги з публікацією англ. мовою	25,49%	26,15%	16,97%
Переговорна процедура	16,95%	27,97%	5,85%
Переговорна процедура за нагальною потребою	10,12%	9,20%	6,73%
Відкриті торги з особливостями	–	–	19,74%
Закупівля за рамковою угодою	–	4,39%	4,91%
Загальне охоплення ⁷⁰	23,38%	25,42%	15,46%

66 Інформацію про показники моніторингів досліджено за допомогою публічного модуля аналітики BI Prozorro, у якому не відображається інформація щодо моніторингів I етапів конкурентного діалогу та процедур для укладення рамкових угод.

67 Дані станом на 06.08.2023 року. Мультилотові закупівлі відображені за кількістю лотів.

68 Визначалось як співвідношення кількості лотів, у яких проводився моніторинг, до загальної кількості лотів, оголошених за методами, щодо яких проводився моніторинг у досліджуваному році, без урахування закупівель осіб, які не є замовниками в розумінні Закону.

69 Дані станом на 06.08.2023 року. Мультилотові закупівлі відображені за кількістю лотів.

70 Визначалось як співвідношення очікуваної вартості лотів, у яких проводився моніторинг, до сумарної очікуваної вартості лотів, оголошених за методами, щодо яких проводився моніторинг у досліджуваному році, без урахування закупівель осіб, які не є замовниками у розумінні Закону.

Додаткову інформацію щодо охоплення закупівель у натуральних показниках можна отримати зі звітів Держаудитслужби. Так, згідно зі звітом за 2021 рік, моніторингами було охоплено 6161 замовника, зокрема моніторингами були охоплені їхні закупівлі на суму 247,43 млрд грн⁷¹.

У 2022 році моніторингами було охоплено 7904 замовники, зокрема моніторингами були охоплені їхні закупівлі на суму 261,9 млрд грн⁷².

У розрізі очікуваної вартості ситуація з охопленням процедур закупівель моніторингами виглядає кращою, ніж у розрізі кількості закупівель. Але все ж показники охоплення сягають лише чверті суми очікуваної вартості закупівель, щодо яких можливо здійснити моніторинг.

Оцінюючи показники охоплення, варто співставити їх із показниками виявлення порушень. Так, у разі якщо ОДФК розпочав моніторинг процедури закупівлі, це призводило до виявлення порушень у:

- 88,74% випадків – у моніторингах, розпочатих у 2020 році;
- 77,96% випадків – у моніторингах, розпочатих у 2021 році;
- 66,06% випадків – у моніторингах, розпочатих у 2022 році.

Також потрібно зауважити, що показники охоплення закупівель моніторингами самі по собі не можуть характеризувати ефективність роботи ОДФК, оскільки навіть найвищі показники охоплення не гарантують, що фокус буде зосереджений на виявленні суттєвих порушень, їх усуненні та притягненні винних осіб до відповідальності у разі неусунення порушення.

Охоплення моніторингами «прямих» договорів

Ураховуючи зміни до правового регулювання моніторингів під час дії воєнного стану та надання ОДФК повноважень проводити моніторинг щодо закупівель, які не є процедурами в розумінні Закону, окремо **варто оцінити перші результати моніторингу договорів, укладених без застосування електронної системи (так званих прямих договорів)**. Для цього розглянемо моніторинги, розпочаті ОДФК за період з 19 травня по 06 серпня 2023 року.

За даними системи Prozorro, за двомісячний період з 19 травня по 19 липня 2023 року ОДФК розпочали лише **4 моніторинги** закупівель, проведених без застосування електронної системи закупівель (звітів про укладені прямі договори). Але наприкінці липня державні аудитори почали більш активно працювати в напрямку моніторингу прямих договорів та розпочали **9 моніторингів** прямих договорів 27 липня та 01–02 серпня.

Отже, отримавши повноваження здійснювати моніторинг щодо прямих договорів, у перші два з половиною місяці після цього ОДФК його майже не реалізовували. Усього розпочато 13 моніторингів. З них у двох випадках порушення не виявлено, в одному випадку моніторинг скасовано, у двох випадках виявлено порушення щодо неоприлюднення інформації та документів щодо укладення договору (в порушення абзацу четвертого підпункту 16 пункту 13 Особливостей Замовник не оприлюднив в електронній системі закупівель договір про закупівлю, а також не зазначив підстави для здійснення закупівлі відповідно до підпункту 6 пункту 13 Особливостей). Решта моніторингів тривають⁷³.

Найактивніше реалізує це повноваження Держаудитслужба України (5 моніторингів), а також три договори промоніторило Управління Західного офісу Держаудитслужби в Хмельницькій області. Управління Південного офісу Держаудитслужби в Миколаївській області спробувало провести два моніторинги на початку липня, але не виявило порушень.

З наведених даних вбачається **кілька проблемних питань**:

1. Очевидно *низька кількість моніторингів прямих договорів*. Так, за період з 19 травня по 06 серпня 2023 року замовники прозвітували про укладення понад **691 тис. договорів**

71 Статистичний звіт Держаудитслужби України за 2021 рік. URL: <https://dasu.gov.ua/ua/plugins/userPages/1985>

72 Статистичний звіт Держаудитслужби України за 2022 рік. URL: <https://dasu.gov.ua/ua/plugins/userPages/2652>

73 Станом на 19.08.2023 року.

без застосування електронної системи закупівель (прямих договорів) на загальну суму **91,66 млрд грн.**

2. Подекуди *нераціональний розподіл* ресурсів ОДФК щодо моніторингу: так, Управління Східного офісу Держаудитслужби в Запорізькій області розпочало моніторинг прямого договору щодо закупівлі 5-ти пачок панірувальних сухарів з вартістю 65 грн (можливо, у такий спосіб Управління тестувало нову можливість)⁷⁴.
3. На початку дії нових повноважень спостерігалась невизначеність підходів ОДФК до питань, чи можливо проводити моніторинг «непроцедурних» закупівель щодо договорів, укладених до 19 травня 2023 року: так, Східний офіс Держаудитслужби розпочав моніторинг договору, звіт про який оприлюднено 16 січня 2023 року, проте згодом видав наказ про відміну проведення цього моніторингу⁷⁵.

Зауважимо, що в разі якщо замовник не оприлюднить звіт про укладення договору за «непроцедурною» закупівлею, то і здійснити моніторинг такої закупівлі буде неможливо.

Ураховуючи обмеженість людського ресурсу та часу, **вирішального значення для ефективності моніторингу як правового інституту набуває попередній відбір** тих закупівель, у яких із **найбільшою ймовірністю** буде виявлено **суттєве** порушення. З питанням відбору таких закупівель безпосередньо пов'язані **підстави проведення моніторингів** – передбачені законодавством та фактичні.

— Підстави проведення моніторингів

За даними електронної системи закупівель Prozorro, моніторинги у 2020–2022 роках розпочиналися з наступних підстав:

Таблиця 2.3. Підстави проведення моніторингів.

У 2020 році:

Підстави проведення моніторингу органом моніторингу	Кількість моніторингів
Органи державного фінансового контролю	6730 (67,57%)
Ризик-індикатор	1990 (19,99%)
Органи державної влади, народні депутати, ОМС	916 (9,20%)
Громадські об'єднання	805 (8,08%)
Засоби масової інформації	93 (0,93%)

У 2021 році:

Підстави проведення моніторингу органом моніторингу	Кількість моніторингів
Органи державного фінансового контролю	8230 (79,27%)
Ризик-індикатор	1030 (9,90%)
Органи державної влади, народні депутати, ОМС	899 (8,66%)
Громадські об'єднання	562 (5,41%)
Засоби масової інформації	18 (0,17%)

У 2022 році:

Підстави проведення моніторингу органом моніторингу	Кількість моніторингів
Органи державного фінансового контролю	11200 (93,94%)
Органи державної влади, народні депутати, ОМС	511 (4,29%)
Ризик-індикатор	169 (1,42%)
Громадські об'єднання	118 (0,99%)
Засоби масової інформації	6 (0,05%)

74 URL: <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2023-05-04-008471-a>

75 URL: <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2023-01-16-003890-a>

Отже, з кожним роком питома вага моніторинрів, розпочатих **за власною ініціативою** ОДФК, **зростала**, в підсумку сягнувши 93,94%, а питома вага моніторинрів, розпочатих за іншими підставами – зменшувалась. Таким чином, за даними системи, основну роботу з пошуку проблемних закупівель виконують аудитори самостійно. Втім, не виключені випадки, коли державні аудитори також позначають як власну ініціативу інші обставини, які стали чинником для проведення моніторингу. Також наведена статистика не охоплює тих звернень та повідомлень, які надійшли до ОДФК, але за якими державні аудитори не розпочали моніторинрів.

Особливу увагу привертає показник кількості моніторинрів, розпочатих за даними автоматичних **ризик-індикаторів**: з рівня **19,99%** у 2020 році цей **показник впав до 1,42%** у 2022.

Як зазначалося в попередньому розділі, перелік ризик-індикаторів, затверджений Наказом Міністерства фінансів України від 28.10.2020 року № 647, втратив актуальність з огляду на зміни законодавства про закупівлі. Зокрема він не відповідає Постанові Кабінету Міністрів України № 1178 від 12 жовтня 2022 року.

Але тенденція до зниження частоти використання ризик-індикаторів виникла раніше, ніж проблема з нормативною базою, тому для з'ясування причин було спрямовано запит до ДП «Прозорро» та Держаудитслужби України про те, чи виникали проблеми або збої в роботі ризик-індикаторів, чи зверталась Держаудитслужба України до ДП «Прозорро» щодо таких проблем і причин невикористання ризик-індикаторів.

У відповідь листом № 001200–16/8250–2023 від 21.07.2023 року Держаудитслужба України повідомила, що протягом 2021–2022 року зверталася до ДП «Прозорро» щодо належного функціонування та відображення автоматичних індикаторів ризику в електронній системі закупівель і в електронному кабінеті органу державного фінансового контролю. У листах, наданих Державною аудиторською службою, йдеться, зокрема, про **невідображення в Кабінеті Держаудитслужби інформації про процедури закупівлі з ризик-індикаторами, які спрацювали у вебінтерфейсі аналітичного модулю Ukraine Procurement Risk Indicators & Monitoring Explorer**, розробленого ТОВ «Дейта Пас Аналітикс». Це унеможливило визначення підстави під час ухвалення рішення про початок моніторингу процедури закупівлі – дані автоматичних індикаторів ризиків. Для того, щоб провести моніторинг зазначених процедур закупівель, Держаудитслужба **вимушена обирати підставу – виявлені органом державного фінансового контролю ознаки порушень законодавства** у сфері публічних закупівель в інформації, оприлюдненій в електронній системі закупівель⁷⁶.

Додатково у листі від 18.11.2021 року № 003100–14/14646–2021 Держаудитслужба конкретизувала числові показники цієї проблеми: *«Під час аналізу інформації, оприлюдненої в електронній системі закупівель, для прийняття рішення про початок моніторингу процедур публічних закупівель за допомогою вебінтерфейсу аналітичного модуля Ukraine Procurement Risk Indicators & Monitoring Explorer сформовано реєстр з 19 223 процедур закупівель за січень – жовтень 2021 року, за якими станом на 17 листопада 2021 року спрацювали автоматичні індикатори ризиків. Проте згідно із чергою процедур закупівель, за якими спрацювали автоматичні індикатори ризиків, що відображена в Кабінеті Держаудитслужби, таких процедур лише 3 084»⁷⁷.*

У відповідь ДП «Прозорро» інформувало, що ризик-система працює в штатному режимі та відповідно до вимог Порядку застосування автоматичних індикаторів ризику, затвердженого Наказом Міністерства фінансів України № 647 від 28.10.2020 року, а робота вебінтерфейсу аналітичного модуля Ukraine Procurement Risk Indicators & Monitoring Explorer не перебуває у сфері відповідальності ДП «Прозорро» та не регулюється вказаним Порядком⁷⁸.

Згодом під час дії воєнного стану в листі № 002200–14/5682–2022 від 28.07.2022 року Держаудитслужба повідомила Мінекономіки та ДП «Прозорро», що практика застосування індикаторів як підстави для прийняття рішення про початок моніторингу свідчить про **суттєві проблеми в алгоритмах системи Prozorro, які потребують нагального вирішення:**

- окремі індикатори спрацьовують з дати визначення переможця процедури закупівлі до дати укладання договору, а потім зникають, що призводить до неможливості взяти процедуру

76 Лист Держаудитслужби від 18.03.2021 року № 003100–14/3500–2021. URL: https://drive.google.com/file/d/1-FlodZ_QBFuFkpawrWEduW6-vNclTOCA/view?usp=sharing

77 Лист Держаудитслужби від 18.11.2021 року № 003100–14/14646–2021. URL: https://drive.google.com/file/d/1iOnfKBZMXsELEFQ88C_DFBnUYGT8i8-K/view?usp=sharing

78 Лист ДП «Прозорро» № 206/01/2606/11 від 26.11.2021 року. URL: <https://drive.google.com/file/d/10H-2Kw6SZyc6EJhg-W8laQUsUp9uNlqA/view?usp=sharing>

закупівлі в моніторинг після укладання договору з переможцем на підставі даних автоматичних індикаторів ризику. Наприклад, 18.05.2022 року зникли процедури закупівель, які були в черзі ризикових процедур сформовані 17.05.2022 року (черга – впорядкований перелік процедур закупівель, щодо яких спрацювали індикатори, розміщений у персональному кабінеті Держаудитслужби);

- черга ризикових процедур закупівлі в середньому на 70% складається з процедур закупівель, які замовник «покинув» (замовник не прийняв управлінських рішень щодо завершення закупівлі у встановленому порядку) та які безкорисні для цілей контролю;
- черга не наповнюється актуальними процедурами. Приміром, процедура закупівлі UA-2022-03-14-000493-с: договір опублікований 17.05.2022 року навіть з урахуванням вищезазначених проблем формування черги, на ранок 17.05.2022 року ця процедура мала бути в черзі і зникнути 18.05.2022 року. Однак на ранок 17.05.2022 року її в черзі не було;
- в чергу відбираються процедури закупівлі, щодо яких вже здійснено моніторинг, зокрема за іншими підставами ніж індикатори ризику, та процедури закупівлі, що оскаржуються в Антимонопольному комітеті України, та щодо яких на цей час зупиняється моніторинг у встановленому Законом порядку;
- в чергу відбираються допорогові процедури закупівель, щодо яких не здійснюється моніторинг відповідно до статті 8 Закону;
- в черзі перебувають закупівлі, коли замовник відхилив всі тендерні пропозиції учасників, проте ні Замовник, ні система Prozorro торги не відмінила тощо.

З огляду на зазначене, Держаудитслужба доходила висновку, що життєвий цикл процедури закупівель у черзі аудитора не прогнозований та не відповідає меті моніторингу, яка полягає у запобіганні порушенням законодавства у сфері публічних закупівель.

Крім того, як причина втрат робочого часу аудиторів Держаудитслужби відзначалось те, що на алгоритми розрахунку індикаторів негативно впливає середовище даних системи Prozorro. Зокрема, індикатори безпідставно спрацьовують з таких причин:

- індикатор сприймає предмет закупівлі як товар чи послугу, а фактично Замовник закуповує роботи, або навпаки;
- публікація в системі Prozorro протоколу відбулася пізніше, ніж за 5 робочих днів;
- індикатор не враховує дату ухвалення рішення про визначення переможця, яка відсутня в системі Prozorro у машиночитаному форматі, а відображається лише в оприлюдненому протоколі Замовника у форматі.doc чи.pdf;
- алгоритми індикаторів щодо своєчасності оприлюднення не враховують святкові дні;
- процедура закупівлі ініційована на підставі відмінених торгів за лотом тощо.

Держаудитслужба повідомляла про потребу принципового перегляду алгоритму, за яким формується черга ризикових процедур закупівель, та віднесення окремих процедур закупівель до пріоритетних для контролю. А саме: черга повинна формуватися лише з конкурентних процедур; кожна конкурентна процедура має лишатися в черзі ризикових з часу спрацювання індикатора та до повного виконання договору; процедура закупівлі може полишити чергу лише за таких умов: процедура відмінена, опублікований звіт про виконання договору, закупівля не відбулася».

Також Держаудитслужба в цьому листі просила ДП «Прозорро» надати інформацію щодо процедур закупівель, за якими спрацювали ризик-індикатори. ДП «Прозорро» листом № 206/01/837/11 від 15.08.2022 року повідомило, що надання такої інформації в розрізі кожного ризику (ID закупівлі, ризик-індикатор, ID ризику, найменування ризик-індикатора, предмет закупівлі, вартість закупівлі, пріоритизація (наявність у черзі) **на певну дату є технічно неможливим**. Також повідомило про приховання з електронної системи закупівель всіх закупівель та планів, які були створені замовниками, що здійснювали закупівлі для потреб оборони. А щодо ідеї зміни індикаторів ризиків висловило таку позицію: в умовах, коли відбуваються часті зміни регулювання правил, за якими здійснюються закупівлі, оновлення існуючих чи впровадження нових алгоритмів визначення автоматичних індикаторів ризиків не буде ефективним, оскільки постійно змінюване середовище даних не дасть змоги повноцінно підтримувати актуальність таких індикаторів ризиків на належному рівні».

У відповіді на той самий лист Держаудитслужби, наданий листом № 3311-05/62043-03 від 29.08.2022 року, Міністерство економіки, зокрема, пропонувало розглянути можливість перегляду автоматичних

79 Лист Держаудитслужби України № 002200-14/5682-2022 від 28.07.2022 року. URL: https://drive.google.com/file/d/1wZtPA_5VLnkIbJVGuSSmpwmcZ490ekq/view?usp=sharing

80 Лист ДП «Прозорро» № 206/01/837/11 від 15.08.2022 року. URL: https://drive.google.com/file/d/1d6rKkxuiZ0yqwtlXEXx4nJs_kYZ2m9kjr/view?usp=sharing

індикаторів ризиків після припинення воєнного стану або його скасування та стабілізації роботи електронної системи закупівель⁸¹.

Таким чином, Держаудитслужба України до і після початку повномасштабного вторгнення вбачала технічні недоліки в роботі індикаторів ризиків.

На наш запит щодо стану роботи ризик-індикаторів у листі № 206/01/999/11 від 03.07.2023 року ДП «Прозорро» описало історію своєї взаємодії з Державною аудиторською службою України з цього питання. Воно повідомило, зокрема, що за зверненням Держаудитслужби наприкінці 2020 року **оновило перелік ризик-індикаторів, їхні ваги та порядок формування черги** ризикованих процедур у кабінеті Держаудитслужби в ЕСЗ.

*«Протягом 2021 року Держаудитслужба тричі зверталась до Підприємства <...> з проханням надати пояснення, чому черга ризикованих процедур в кабінеті Держаудитслужби в ЕСЗ відрізняється від черги, яка реалізована в окремому вебінтерфейсі, розробленому ТОВ «Дейта Пас Аналітикс» для Держаудитслужби. Щоразу після отримання звернення Держаудитслужби ДП «Прозорро» перевіряло налаштування формування черги та працездатність системи ризик-індикаторів. **Проблем на боці ЕСЗ виявлено не було**, а Держаудитслужбі було роз'яснено, що **черга в кабінеті Держаудитслужби в ЕСЗ є динамічною, постійно оновлюваною** та налаштованою відповідно до вимог законодавства. Також співробітникам Держаудитслужби було надано посилання на API ризик-індикаторів, аби була можливість перевірити працездатність функціоналу.*

28 липня 2022 року Держаудитслужба звернулася до Підприємства з листом <...>, в якому повідомила про зменшення кількості спрацювань ризик-індикаторів, а також запропонувала змінити життєвий цикл ризик-індикаторів. 15 серпня 2022 року Підприємство надало відповідь, що кількість процедур у системі скоротилась, деяка інформація є закритою під час війни, а регулювання сфери публічних закупівель постановою Кабінету Міністрів України, до якої на той час тричі вносились зміни, не дає можливості підтримувати актуальність ризик-індикаторів».

ДП «Прозорро» також повідомило, що в нього **немає однозначних даних щодо причин зменшення питомої ваги моніторингів, розпочатих на основі ризик-індикаторів**. Підприємство наголошувало на необхідності погодити нормативні акти та ризик-індикатори з чинним законодавством.

Також ДП «Прозорро» повідомило, що **розробило нові 11 ризик-індикаторів**⁸². Вони є загальнодоступними й опрацьовують всі конкурентні процедури закупівель, які відбуваються в ЕСЗ. Також розроблено вебінтерфейс, в якому всі можуть переглянути результати спрацювання цих індикаторів ризику: <https://risks.prozorro.gov.ua/>.

Перелік нових автоматичних індикаторів ризиків, розроблених ДП «Прозорро», є таким:

- sas 3–1. Невиконання замовником рішення органу оскарження.
- sas 3–2. Замовник відхилив тендерні пропозиції всіх учасників під час закупівлі товарів або послуг, крім переможця.
- sas 3–2–1. Замовник відхилив тендерні пропозиції всіх учасників під час закупівлі робіт, крім переможця.
- sas 3–3. Закупівля товарів та послуг у одного учасника.
- sas 3–3–1. Закупівля робіт у одного учасника.
- sas 3–4. Зміна істотних умов договору (ціни за одиницю товару).
- sas 3–5. Замовник відхилив мінімум 2 учасників.
- sas 3–6. Явне завищення очікуваної вартості.
- sas 3–7. Короткий строк виконання договору при закупівлі робіт.
- sas 3–8. Застосування 24 годин після винесення рішення органом оскарження.
- sas 3–9. Повторне визнання переможцем учасника після винесення рішення органом оскарження⁸³.

Зауважимо, що **ці ризик-індикатори реалізовані поза межами електронного кабінету** Держаудитслужби в системі Prozorro, а отже, **не можуть бути офіційно використані як підстави для початку моніторингу**

⁸¹ Лист Мінекономіки № 3311–05/62043–03 від 29.08.2022 року. URL: <https://drive.google.com/file/d/1jO2MtAFT8VNBH17nHYl6VBuZvVohsAar/view?usp=sharing>

⁸² Новина «Оновлена гнучка система автоматичних індикаторів ризиків в Prozorro». URL: <https://infobox.prozorro.org/articles/onovlena-gnuchka-sistema-avtomatichnih-indikatoriv-rizikiv-v-prozorro>

⁸³ Опис кожного ризик-індикатора розміщено за посиланням: <https://drive.google.com/drive/u/1/folders/1Ex3eQCQEBUoaDrkspenG9ELtbuVhTn9?ths=true>

закупівель державними аудиторами. Станом на липень 2023 року тривали перемовини між ДП «Прозорро» та Державною аудиторською службою України про нові ризик-індикатори та їхній подальший розвиток.

Ще однією особливістю підстав для старту моніторингу є те, що серед них **не передбачено звернень учасників** процедур закупівель та інших суб'єктів господарювання. Але як повідомляли представники Держаудитслужби України під час участі у круглому столі, організованому TI Ukraine, в дійсності державні аудитори вже розглядають звернення суб'єктів господарювання та використовують викладену в них інформацію про ознаки порушень для фокусування на проблемних закупівлях. Втім, змушені позначити такі заходи контролю в електронній системі як розпочаті «за власною ініціативою».

Оскільки нормативна база не містить такої підстави початку моніторингу, як звернення суб'єкта господарювання, можна припустити, що не всі учасники обізнані (враховують) можливість звернутися до ОДФК або не всі впевнені в тому, що такі звернення матимуть правові наслідки. Деякі учасники навіть створюють громадські організації, аби звертатися до ОДФК у більш законний, на їхню думку, спосіб.

Зауважимо також, що за даними системи, кількість та питома вага моніторингів публічних закупівель, розпочатих **за зверненнями громадських об'єднань**, щорічно зменшувалась.

— Порушення, які виявляють аудитори

Центральним питанням в аналізі моніторингів публічних закупівель є зміст висновків – які саме порушення виявляють державні аудитори у закупівлях. Сукупність порушень, що їх виявляють аудитори, можна умовно розподілити на дві групи:

1. *Правопорушення, передбачені статтею 164–14 Кодексу України про адміністративні правопорушення.* Ключовою їхньою відмінністю є те, що в разі, якщо ці порушення будуть виявлені під час моніторингу та надалі не будуть усунуті замовником – передбачена адміністративна відповідальність.
2. *Інші порушення законодавства у сфері публічних закупівель.* Незважаючи на неможливість притягти посадових осіб замовника до адміністративної відповідальності за їх вчинення, державні аудитори виявляють такі порушення під час моніторингів та зобов'язують замовників у висновках їх усунути (наприклад, порушення щодо ненадання учаснику 24 годин на усунення невідповідностей, за наявності підстав).

В умовах обмежених ресурсів та наявності тисяч закупівель однією з ключових проблем державного фінансового контролю є необхідність сфокусувати увагу саме на виявленні суттєвих порушень. Для того щоб визначити, яким є фокус уваги державних аудиторів у моніторингах, ми дослідили **показники⁸⁴ кількості⁸⁵ виявлених правопорушень різних видів.**

У моніторингах, **розпочатих у 2021 році**, було виявлено такі порушення:

Таблиця 2.4. Типи виявлених порушень у моніторингах, розпочатих у 2021 році

Тип порушення, що виявлено органом моніторингу	Кількість моніторингів і відсоток серед тих моніторингів, у яких виявлено порушення
Порушення у процедурі розгляду тендерної пропозиції	2970 (36,74%)
Інші порушення	2850 (35,31%)
Порушення в тендерній документації	2620 (32,38%)
Порушення у процесі оприлюднення інформації	1290 (15,99%)
Порушення в частині не відміни закупівлі	1170 (14,43%)
Порушення у формі документів	610 (7,55%)
Ненадання інформації чи документів	491 (6,08%)

>>

84 Інформація про вид порушення відображається в електронній системі закупівель Prozorro відповідно до позначених виконавцем моніторингу видів з-поміж опцій, які передбачені системою.

85 Оскільки в рамках одного моніторингу може бути виявлено кілька правопорушень, сумарна кількість моніторингів із виявленими порушеннями певного виду не дорівнює сумарній кількості моніторингів, розпочатих протягом року.

Порушення у виборі процедури закупівлі	390 (4,83%)
Порушення в додаткових угодах	376 (4,66%)
Порушення під час укладання договору	230 (2,85%)
Порушення у визначенні предмета закупівлі	143 (1,77%)
Безпідставне відхилення тендерних пропозицій	129 (1,60%)
Перевищення розміру забезпечення тендерної пропозиції	70 (0,87%)
Несвоєчасне надання або ненадання замовником роз'яснень щодо змісту тендерної документації	67 (0,83%)
Порушення строків розгляду тендерної пропозиції	65 (0,80%)
Порушення умов застосування конкурентного діалогу, торгів з обмеженою участю чи переговорної процедури	57 (0,71%)
Невиконання рішення органу оскарження за результатами розгляду скарги	24 (0,30%)
Порушення строків оприлюднення тендерної документації	20 (0,25%)
Укладення договору до чи без проведення процедур закупівель	14 (0,17%)
Придбання товарів, робіт чи послуг до чи без проведення процедури закупівлі	5 (0,06%)
Внесення недостовірних персональних даних до електронної системи закупівель та неоновлення у разі їх зміни	3 (0,04%)

За наведеними даними, друге – четверте місця за частотою виявлення посідають «інші порушення» (виявлено у 2850 випадках), «порушення в тендерній документації» (виявлено у 2620 випадках), «порушення у процесі оприлюднення інформації» (виявлено у 1290 випадках).

Натомість такі суттєві порушення, як, наприклад, «безпідставне відхилення тендерних пропозицій» та «придбання товарів, робіт чи послуг до чи без проведення процедури закупівлі» – позначались як виявлені лише у 129⁸⁶ та 5 випадках⁸⁷ відповідно.

При цьому за результатами 963 моніторинрів не було виявлено порушень, окрім тих, що позначені як «інші порушення».

У моніторингах, **розпочатих у 2022 році**, було виявлено такі порушення:

Таблиця 2.5. Типи виявлених порушень у моніторингах, розпочатих у 2022 році

Тип порушення, що виявлено органом моніторингу	Кількість моніторинрів та відсоток серед тих моніторинрів, у яких виявлено порушення
Інші порушення	3400 (43,14%)
Порушення в тендерній документації	2300 (29,17%)
Порушення у процедурі розгляду тендерної пропозиції	2160 (27,49%)
Порушення у процесі оприлюднення інформації	1450 (18,45%)
Порушення в частині не відміни закупівлі	950 (12,07%)
Ненадання інформації чи документів	844 (10,72%)
Порушення у формі документів	467 (5,93%)
Порушення в додаткових угодах	303 (3,85%)
Порушення у виборі процедури закупівлі	281 (3,57%)
Порушення під час укладання договору	144 (1,83%)
Порушення строків розгляду тендерної пропозиції	122 (1,55%)
Порушення у визначенні предмета закупівлі	116 (1,47%)
Порушення умов застосування конкурентного діалогу, торгів із обмеженою участю чи переговорної процедури	72 (0,91%)
Безпідставне відхилення тендерних пропозицій	61 (0,77%)
Несвоєчасне надання або ненадання замовником роз'яснень щодо змісту тендерної документації	27 (0,34%)
Невиконання рішення органу оскарження за результатами розгляду скарги	23 (0,29%)
Перевищення розміру забезпечення тендерної пропозиції	11 (0,14%)
Укладення договору до чи без проведення процедур закупівель	9 (0,11%)
Порушення строків оприлюднення тендерної документації	4 (0,05%)
Придбання товарів, робіт чи послуг до чи без проведення процедури закупівлі	1 (0,01%)

86 Необхідно зазначити, що в дійсності виявлених безпідставних відхилень могло бути виявлено більше, якщо вони позначались виконавцями моніторинрів як «порушення у процедурі розгляду тендерної пропозиції».

87 Виявленню цього порушення також перешкождала неможливість здійснення моніторингу поза процедурами закупівель (прямих договорів, спрощених процедур).

Виходячи з цих даних, у 2022 році певною мірою збереглась перевага формальних порушень у колі тих, які виявляли найчастіше. Але найбільш популярними з-поміж виявлених несподівано стали «інші порушення». При цьому в результаті 1520 моніторингів «інші порушення» – єдині, що були виявлені.

У моніторингах, розпочатих протягом першого півріччя 2023 року, було виявлено такі порушення⁸⁸:

Таблиця 2.6. Типи виявлених порушень у моніторингах, розпочатих у 2023 році (I півріччя)

Тип порушення, що виявлено органом моніторингу	Кількість моніторингів та відсоток серед тих моніторингів, у яких виявлено порушення
Порушення в тендерній документації	2200 (48,16%)
Порушення у процедурі розгляду тендерної пропозиції	2110 (46,24%)
Інші порушення	1610 (35,14%)
Порушення у процесі оприлюднення інформації	560 (12,25%)
Порушення в частині не відміни закупівлі	363 (7,94%)
Порушення у формі документів	242 (5,30%)
Ненадання інформації чи документів	239 (5,23%)
Порушення під час укладання договору	109 (2,39%)
Порушення в додаткових угодах	102 (2,23%)
Безпідставне відхилення тендерних пропозицій	80 (1,75%)
Порушення у визначенні предмета закупівлі	66 (1,44%)
Порушення у виборі процедури закупівлі	55 (1,20%)
Порушення строків розгляду тендерної пропозиції	39 (0,85%)
Невиконання рішення органу оскарження за результатами розгляду скарги	15 (0,33%)
Несвоєчасне надання або ненадання замовником роз'яснень щодо змісту тендерної документації	13 (0,28%)
Перевищення розміру забезпечення тендерної пропозиції	5 (0,11%)
Порушення умов застосування конкурентного діалогу, торгів з обмеженою участю чи переговорної процедури	4 (0,09%)
Внесення недостовірних персональних даних до електронної системи закупівель та неоновлення у разі їх зміни	2 (0,04%)
Порушення строків оприлюднення тендерної документації	1 (0,02%)
Придбання товарів, робіт чи послуг до чи без проведення процедури закупівлі	1 (0,02%)

Отже, у моніторингах, розпочатих у 2023 році, результатом яких стало виявлення порушень, «інші порушення» вже не посідають перше місце за частотою виявлення, але залишаються в трійці лідерів. Станом на 07 серпня 2023 року їх було виявлено 1610 (у 35,14% моніторингів) – дещо менше, ніж «порушення в тендерній документації» – 2200 (48,16%) та «порушення в процедурі розгляду тендерної пропозиції» – 2110 (46,24%).

З переліку порушень, які відображаються в системі Prozorro, вбачається, що він **не відображає дослівно перелік порушень, передбачених статтею 164–14 Кодексу України про адміністративні правопорушення** (далі – Кодекс). Не між усіма передбаченими системою порушеннями можна встановити пряму відповідність із порушеннями, що містяться у статті Кодексу. До того ж, високу питому вагу становлять «інші порушення», які взагалі не належать до передбачених Кодексом складів.

Аби з'ясувати, **що саме входить до «інших порушень»**, розглянемо вибірку моніторингів, у яких їх виявлено, за короткий, випадковим чином обраний період часу. Наприклад, у закупівлях, оголошених з 15.04.2023 року по 15.05.2023 року, станом на 22 червня 2023 року було завершено 30 моніторингів, у яких виявлено «інші порушення». Як з'ясувалося, найчастіше в цих закупівлях державні аудиторі виявляли такі порушення:

- неоприлюднення або несвоєчасне оприлюднення **обґрунтування технічних та якісних характеристик предмета закупівлі**, розміру бюджетного призначення, очікуваної вартості предмета закупівлі шляхом розміщення на власному вебсайті відповідно до постанови Кабінету Міністрів

Україні від 11 жовтня 2016 року № 710 «Про ефективне використання державних коштів» – щонайменше **12 випадків**⁸⁹;

- **невірно зазначено код товару щодо кожної окремої номенклатурної позиції** предмета закупівлі. Наприклад, зазначено «92620000–3: Послуги, пов'язані зі спортом» **замість** «92622000–7 – Послуги з організації спортивних заходів», або «09130000–9 – Нафта і дистилати» **замість** «09132000–3 – Бензин», «09134200–9 – Дизельне паливо», що є порушенням вимог пункту 14 Порядку № 1082 – щонайменше **7 випадків**⁹⁰;
- **порушення «правила 24 годин»** (ненадання учаснику 24 годин для виправлення невідповідностей та, як наслідок, безпідставне відхилення його пропозиції, або навпаки, надання 24 годин **замість** відхилення пропозиції, або інші порушення – наприклад, повідомлення про усунення невідповідностей не містить переліку виявлених невідповідностей) – щонайменше **5 випадків**⁹¹;
- **порушення строків укладення договору** (наприклад, замовник уклав договір про закупівлю з учасником – переможцем у термін, що перевищує 15 днів (на 20-й день) з дня прийняття рішення про намір укласти договір, чим порушив вимоги абзацу 4 пункту 46 Постанови 1178) – щонайменше **3 випадки**⁹²;
- в оголошенні про проведення відкритих торгів не зазначено місце поставки товарів в порушення вимог пункту 3 частини другої статті 21 Закону – щонайменше **2 випадки**⁹³;
- порушення вимог пункту 3 частини першої статті 5 Закону – принципів здійснення закупівель – щонайменше **2 випадки**⁹⁴;
- оприлюднений Замовником перелік змін до тендерної документації є неповним та не містить інформацію щодо оновленої дати кінцевого строку подання тендерних пропозицій, а кваліфікований електронний підпис замовник наклав на 3 дні пізніше – щонайменше **1 випадок**⁹⁵;
- порушення норм щодо надання інформації, документів на запит під час моніторингу – порушення частини п'ятої статті 8 Закону – **1 випадок**⁹⁶.

Таким чином, серед «інших порушень», які й зараз залишаються в трійці найчастіше фіксованих, переважають формальні порушення (як-от невірно зазначення коду окремої номенклатурної позиції), які мають опосередковане відношення до питань ефективності, економії, конкуренції в закупівлях.

Разом із тим, серед цих порушень є такі, що можуть істотно вплинути на хід та результати закупівель – зокрема, порушення правила «24 годин» шляхом безпідставного ненадання або помилкового надання можливості учасникам виправити невідповідності в тендерній пропозиції.

Для того щоб проаналізувати, **які саме «порушення в тендерній документації» виявляють державні аудитори**, розглянемо висновки в моніторингах закупівель, оголошених у довільно обраний період часу – наприклад, з 15.04.2023 року по 30.04.2023 року. У них станом на 22 червня 2023 року було оприлюднено 29 висновків моніторингу, в яких виявлено «порушення в тендерній документації». Виявилось, що найчастіше в тендерній документації цих закупівель державні аудитори фіксували такі порушення:

- **Недоліки, пов'язані з описом підстав для відмови в участі у процедурі** (та, як наслідок, підстав відхилення тендерної пропозиції), відтворенням замовником актуальної редакції норм статті 17 Закону та/або пункту 44 Особливостей (з урахуванням їх зміни) – щонайменше 11 випадків. Серед них:
 - У тендерній документації не зазначено умови щодо надання інформації та способу підтвердження відповідності підставам, встановленим статтею 17 Закону **для окремих категорій учасників**: об'єднання учасників (або учасників об'єднання), фізичних осіб – щонайменше 3 випадки⁹⁷;

89 Закупівлі за ідентифікаторами UA-2023-04-17-007439-а, UA-2023-04-26-009156-а, UA-2023-05-05-001856-а, UA-2023-05-03-003294-а, UA-2023-05-04-010004-а, UA-2023-05-03-013250-а, UA-2023-05-10-014141-а, UA-2023-05-03-012081-а, UA-2023-04-28-001137-а, UA-2023-04-28-001292-а, UA-2023-04-24-010104-а, UA-2023-05-03-007108-а

90 Закупівлі за ідентифікаторами UA-2023-05-05-004622-а, UA-2023-05-01-011103-а, UA-2023-04-28-007452-а, UA-2023-05-05-001856-а, UA-2023-05-03-007108-а, UA-2023-04-27-008749-а, UA-2023-04-17-005627-а

91 Закупівлі за ідентифікаторами UA-2023-04-19-010460-а, UA-2023-05-09-011431-а, UA-2023-05-03-001817-а, UA-2023-04-19-000578-а, UA-2023-04-27-007648-а

92 Закупівлі за ідентифікаторами UA-2023-04-21-007902-а, UA-2023-04-21-007623-а, UA-2023-05-11-012649-а

93 Закупівлі за ідентифікаторами UA-2023-04-18-006292-а, UA-2023-04-17-005627-а

94 Закупівлі за ідентифікаторами UA-2023-04-25-010074-а, UA-2023-05-01-010368-а

95 <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2023-05-01-008617-а>

96 <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2023-04-26-011002-а>

97 Закупівлі за ідентифікаторами UA-2023-04-27-009909-а, UA-2023-04-28-009942-а, UA-2023-04-28-007865-а

- Встановлення вимог підтвердити відсутність підстав для відмови в участі **щодо помилкового кола осіб** – щонайменше 4 випадки⁹⁸:

ПРИКЛАД 1:

Вимогу щодо підтвердження відсутності підстав, визначених підпунктами 3, 6, 12 пункту 44 Особливостей, встановлено **щодо службової (посадової) особи учасника**, яку уповноважено учасником представляти його інтереси під час проведення процедури закупівлі та яка підписала тендерну пропозицію, **а не щодо керівника** учасника, що суперечить чинній редакції Особливостей;

ПРИКЛАД 2:

Замовник вказав підставу для відмови в участі, встановлену підпунктом 11 пункту 44 Особливостей, **лише до учасника** процедури закупівлі, а потрібно було також **щодо кінцевого бенефіціарного власника, члена або учасника (акціонера)** юридичної особи – учасника процедури закупівлі.

- Помилкова згадка про статтю 17 Закону в період дії пункту 44 Особливостей або інша невідповідність Особливостям – щонайменше 3 випадки⁹⁹;

ПРИКЛАД 3:

Замовник встановив вимогу до переможця надати документи, що підтверджують відсутність підстав, визначених пунктами 3, 5, 6 і 12 частини 1 та частиною 2 статті 17 Закону – замість того щоб вимагати підтвердити відсутність підстав, зазначених у підпунктах 3, 5, 6 і 12 та в абзаці 14 пункту 44 Постанови № 1178¹⁰⁰.

ПРИКЛАД 4:

Замовник зазначив: *«У разі відхилення тендерної пропозиції з підстави, визначеної підпунктом 3 пункту 41 Особливостей, визначених Постановою КМУ № 1178, а саме: переможець не надав у спосіб, зазначений в тендерній документації, документи, що підтверджують відсутність підстав, **установлених статтею 17 Закону, з урахуванням пункту 44 особливостей**, визначених Постановою КМУ № 1178»*. А треба було: *«коли переможець процедури закупівлі не надав у спосіб, зазначений в тендерній документації, документи, що підтверджують відсутність **підстав, визначених пунктом 44 Особливостей**»*¹⁰¹.

- Невірне визначення документів, які вимагаються від переможця процедури закупівлі¹⁰².

- **Відсутність окремої інформації, яка вимагається чинним законодавством**¹⁰³ – щонайменше 9 випадків, зокрема:
 - у тендерній документації не зазначено **посаду посадової особи** замовника, уповноваженої здійснювати зв'язок із учасниками («уповноважена особа» посадою не вважається) – щонайменше 4 випадки¹⁰⁴;
 - у тендерній документації не зазначено **кінцевий строк подання** тендерних пропозицій – щонайменше 3 випадки¹⁰⁵;
 - відсутність проекту договору про закупівлю з обов'язковим зазначенням порядку змін його умов та не зазначено кінцевий строк подання тендерних пропозицій відповідно¹⁰⁶.
- Невідповідність **переліку формальних помилок**, затверджених наказом Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України від 15.04.2020 року № 710 – щонайменше 2 випадки¹⁰⁷;

98 Закупівлі за ідентифікаторами UA-2023-04-17-007439-a, UA-2023-04-27-008667-a, UA-2023-04-18-005176-a, UA-2023-04-27-011341-a

99 Закупівлі за ідентифікаторами UA-2023-04-21-001664-a, UA-2023-04-26-009156-a, UA-2023-04-21-010835-a

100 <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2023-04-26-009156-a>

101 <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2023-04-21-010835-a>

102 <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2023-04-28-009942-a>

103 <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2023-04-27-011617-a>

104 Закупівлі за ідентифікаторами UA-2023-05-01-011103-a, UA-2023-05-01-010017-a, UA-2023-05-01-009556-a, UA-2023-05-01-008617-a

105 Закупівлі за ідентифікаторами UA-2023-04-26-011708-a, UA-2023-05-01-011425-a, UA-2023-04-18-001349-a

106 <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2023-04-18-007652-a>

107 Закупівлі за ідентифікаторами UA-2023-04-24-010104-a, UA-2023-04-25-010074-a

- **Невідображення змін** у тендерній документації: не відображено зміни, що вносяться замовником, у вигляді нової редакції тендерної документації додатково до початкової редакції та разом із змінами до тендерної документації в окремому документі не оприлюднено перелік змін, що вносяться¹⁰⁸;
- Не визначено **спосіб підтвердження відповідності кваліфікаційним критеріям**¹⁰⁹, у тому числі встановлена вимога щодо надання учасниками лише довідок певної форми, що не вважається способом документального підтвердження¹¹⁰;
- **Підстави відхилення тендерної пропозиції не відповідають** пункту 41 Постанови № 1178 в чинній редакції (окрім випадків, вже наведених вище) – замовник зазначив як підставу відхилення те, що тендерна пропозиція викладена іншою мовою (мовами), ніж мова (мови), що передбачена тендерною документацією, тоді як такий випадок не є підставою для відхилення тендерної пропозиції учасника¹¹¹.

Таким чином, значна частина невідповідностей, виявлених державними аудитором в тендерній документації, пов'язана з правильним (дослівним) відтворенням замовником норм чинного законодавства та посилань на пункти, частини, статті нормативних актів, якими вони передбачені. Недоліки в цьому питанні виявляють особливо часто після того, як до нормативно-правових актів вносять зміни.

Більшість з порушень, наведених вище, носять формальний характер та не впливають на визначення переможця (окрім випадків, коли на базі невірної посилання було безпідставно відхилено учасника – але такі дії охоплює інший склад адміністративного правопорушення). Значна частина правопорушень, наведених вище, не завдає шкоди правам та інтересам учасників, а також бюджету замовника. Частина інформації, що відсутня або некоректно зазначена в тендерній документації, наявна в електронних полях на вебсторінці процедури закупівлі: кінцевий строк подання пропозицій, підстави для відмови в участі тощо.

Виявлення таких порушень на стадії пізнішій, ніж подання тендерних пропозицій, викликає питання про можливі способи усунення таких порушень на пізній стадії. Вочевидь, скасування закупівлі або розірвання договору з переможцем не є пропорційним заходом впливу у випадках, коли тендерна документація містила наведені вище недоліки, але це не вплинуло на результати процедури закупівлі. Натомість невстановлення жодного способу усунення порушення суперечитиме вимогам статті 8 Закону.

За таких умов зобов'язання щодо усунення таких порушень на стадії пізнішій, ніж подання тендерних пропозицій, є в більшості випадків недоцільним. Варто розглянути ідеї змін до статті 8 Закону, які передбачатимуть надання замовнику рекомендацій у таких випадках замість зобов'язання усунути порушення.

Окремо варто розглянути випадки, коли виявлені у тендерній документації недоліки можна вважати суттєвими та такими, що потребують обов'язкового виправлення на стадії подання тендерних пропозицій:

ПРИКЛАД 1:

Вимога надання документів у паперовій формі.

Держаудитслужба України в закупівлі, оголошеній за ідентифікатором UA-2023-04-21-009738-а, виявила, що замовник у тендерній документації встановив **вимогу** щодо надання документів, визначених Додатком 3 до тендерної документації, **у паперовому вигляді**, чим порушив вимоги частини 8 статті 12 Закону, якою визначено, що подання інформації під час проведення процедури закупівлі здійснюється в електронному вигляді через електронну систему закупівель¹¹².

ПРИКЛАД 2:

Встановлення додаткової підстави для відхилення учасників, пов'язаної з фізичною перевіркою наявності товару та його оглядом до підписання договору про закупівлю.

У процедурі закупівлі, оголошеній за ідентифікатором UA-2023-05-01-010368-а, Управління Східного офісу Держаудитслужби в Запорізькій області виявило, що замовник встановив у тендерній документації такі вимоги:

108	https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2023-04-21-001664-a
109	https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2023-04-21-006777-a
110	https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2023-04-24-008606-a
111	Закупівлі за ідентифікаторами UA-2023-04-21-007902-а, UA-2023-04-21-007623-а
112	https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2023-04-21-009738-a

- до підписання договору замовнику надається право на огляд товару своїми спеціалістами або спеціалістами сторонніх організацій щодо відповідності технічним вимогам (надати гарантійний лист);
- запропонований товар повинен бути в наявності. Учасник надає Замовнику гарантійний лист про те, що надає згоду Замовнику на перевірку запропонованого товару учасника із зазначенням адреси.

Управління дійшло висновку, що, згідно з пунктом 28 Особливостей, Замовник формує тендерну документацію відповідно до вимог статті 22 Закону № 922 (з урахуванням цих особливостей). Зазначені вище вимоги наведеними положеннями законодавства не передбачені, чим унеможливлено їх наявність у тендерній документації Замовника. Право Замовника формувати вимоги тендерної документації, зокрема у частині вимог до предмета закупівлі, обмежено зазначеними правовими нормами.

Крім того, замовник передбачив, що у разі відсутності товару на складі або його невідповідності, тендерна пропозиція буде відхилена як така, що не відповідає умовам технічної специфікації та іншим вимогам щодо предмета закупівлі¹¹³.

ПРИКЛАД 3:

Тендерна документація містить вимоги, щодо надання учасником документів, які відносяться до іншого предмета закупівлі.

За результатами моніторингу процедури закупівлі UA-2023-04-18-006292-а Управління Північного офісу Держаудитслужби в Чернігівській області виявило, що тендерна документація Замовника не відповідає вимогам частини третьої статті 22 Закону, з огляду на наступне: «Замовником передбачено, що скраплений газ повинен відповідати вимогам ДСТУ 4047-2001 «Гази вуглеводневі скраплені паливні для комунально-побутового споживання». «Гази вуглеводневі скраплені паливні для комунально-побутового споживання» призначені для використання як паливо для комунально-побутового споживання, а також для промислових цілей відповідно до ДСТУ 4047-2001. Вимоги цього стандарту поширюються на підприємства, що функціонують на території України і здійснюють: виробництво, зберігання, транспортування, газопостачання, переробку скраплених газів, а також їх використання, за призначенням, іншими спеціалізованими підприємствами.

Отже, тендерна документація Замовника **містить вимоги щодо надання учасником документів, які відносяться до іншого предмета закупівлі**. Цим порушено частину третю статті 22 Закону, зокрема тендерна документація може містити іншу інформацію, **вимоги щодо наявності якої передбачені законодавством та яку замовник вважає за необхідне включити до тендерної документації**»¹¹⁴.

Відмітимо, що суть зазначених вище порушень може розглядатися як встановлення дискримінаційних умов, а ОДФК не уповноважені перевіряти тендерну документацію на наявність ознак дискримінації – це повноваження АМКУ як органу оскарження за наявності скарги від суб'єкта господарювання. Але ОДФК кваліфікують такі порушення суто як невідповідність тендерної документації вимогам Закону, оминаючи питання дискримінації. Водночас виявлення та подальше усунення таких порушень сприяє тому, що замовники встановлюють більш рівні та прозорі умови участі у процедурі закупівлі.

З досліджених даних щодо виявлених порушень вбачаються такі проблеми:

1. Спостерігається фокус ОДФК на виявленні правопорушень, які не впливають на результати закупівлі, її конкурентність, економію бюджетних коштів у ній – наприклад, таких як зазначення невірної назви товару щодо кожної окремої номенклатурної позиції предмета закупівлі або відсутність інформації про посаду уповноваженої особи в тендерній документації.
2. Натомість частина суттєвих правопорушень, які ОДФК виявляють на практиці і які можуть вплинути на результати закупівлі, не передбачена статтею 164-14 Кодексу (наприклад, невиконання норм законодавства про надання 24 годин на усунення невідповідностей і визначення учасника переможцем процедури закупівлі без такого усунення).
3. **Порушення, які мають одну й ту саму назву за законодавством, на практиці можуть мати як суто формальний, так і суттєвий характер.**

¹¹³ <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2023-05-01-010368-a>

¹¹⁴ <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2023-04-18-006292-a>

Наприклад, відсутність у тендерній документації інформації про кінцевий строк подання тендерних пропозицій не впливає на хід закупівлі та її результати, оскільки з цією інформацією учасники можуть ознайомитися в оголошенні про проведення процедури закупівлі. Натомість встановлення вимог щодо надання документів у паперовій формі або щодо огляду об'єктів та зустрічей із представниками замовника може істотно вплинути на конкуренцію та результати закупівлі.

Істотна різниця в фактичних ситуаціях, які однаково кваліфікуються за нормами Кодексу, свідчить про те, що в законодавстві склади правопорушень сформовано або на надміру узагальненому рівні (різні діяння об'єднані в один склад), або без деталізації істотних ознак (наприклад, одне діяння, але без ознаки наслідків порушення).

4. Перелік правопорушень в електронній системі закупівель Prozorro **не відповідає переліку за статтею 164–14 Кодексу**. Внаслідок цього в деяких випадках неможливо встановити пряму відповідність правопорушенням, визначеним у Кодексі, та отримати релевантну статистику, які саме правопорушення (відповідно до Кодексу) були виявлені і чи охоплюються вони складами правопорушень, визначеними у Кодексі.
5. Законодавчі вимоги до змісту тендерної документації досі вимагають від замовника власноруч зазначати ту інформацію, яка відображається або могла б відобразитись на сторінці закупівлі автоматично, оскільки є універсальною. Наприклад, підстави для відмови в участі у процедурі закупівлі, опис та приклади формальних помилок, контактні дані уповноваженої особи. Замовники могли би не припускати помилок, зазначаючи цю інформацію, якби вона була уніфікованою, наскільки це можливо, та відображалась автоматично на сторінці закупівлі в системі Prozorro. Відповідно, ОДФК не витрачали б ресурс на виявлення таких недоліків.

2.2. Аналіз даних про результати моніторингів та їх правові наслідки

Розглянувши старт та процес моніторингу, а також категорії виявлених порушень, розберемо вплив моніторингів на закупівлі, зокрема стан виконання вимог аудиторів про усунення порушень, подальший хід закупівель, щодо яких здійснювався моніторинг, частоту випадків, коли відбувається судове оскарження висновків аудиторів.

Результати моніторингів та зобов'язання усунути порушення

За даними електронної системи закупівель Prozorro, якщо державні аудитори розпочинали моніторинг публічної закупівлі, то внаслідок цього вони виявляли порушення законодавства з наступною частотою:

- 88,74% випадків – (8840 з 9960 розпочатих) у моніторингах, розпочатих у 2020 році;
- 77,96% випадків (8100 з 10380 розпочатих) – у моніторингах, розпочатих у 2021 році;
- 66,06% випадків (7870 з 11920 розпочатих) – у моніторингах, розпочатих у 2022 році;
- 70,11% випадків (4570 з 6520 розпочатих) – у моніторингах, розпочатих у першому півріччі 2023 року (за винятком тих, що й досі тривають)¹¹⁵.

Моніторинг та виявлення порушень у закупівлях не мали б сенсу, якби надалі не вживалися заходи з усунення цих порушень та, за можливості, подолання їхніх наслідків. Розглянемо завершальну стадію моніторингу, заходи впливу на хід закупівлі та її замовника.

Нагадаємо, що за результатами моніторингу посадова особа ОДФК складає та підписує **висновок** про результати моніторингу процедури закупівлі (далі – висновок), що затверджується керівником ОДФК або його заступником. У висновку, окрім реквізитів закупівлі, її предмета та замовника, обов'язково зазначають:

- **опис порушення (порушень)** законодавства у сфері публічних закупівель, виявленого за результатами моніторингу процедури закупівлі¹¹⁶;
- **зобов'язання щодо усунення** порушення (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель¹¹⁷.

Закон не передбачає переліку, в який саме спосіб державні аудитори можуть зобов'язати замовника усунути порушення. І тому **система закупівель Prozorro не містить полів, які би відображали такі варіанти**. Для того щоб з'ясувати, який спосіб усунення порушення визначив ОДФК, необхідно в кожному конкретному випадку ознайомлюватися зі змістом висновку за результатами моніторингу.

Втім, інформацію про усунення порушень за результатами моніторингів певною мірою відображають у звітах Держаудитслужби.

Так, за даними звіту Держаудитслужби за 2021 рік, за результатами проведених моніторингів закупівель органами Держаудитслужби протягом 2021 року попереджено порушень, у тому числі шляхом **відміни 1341 торгів**, на суму майже 9,7 млрд грн (майже 10,5 млрд грн) та **розірвання 1421 договору** на суму понад 3,2 млрд грн (понад 2,9 млрд грн)¹¹⁸. Також результатом стало **зменшення ціни договору** про закупівлю (зокрема одиниці товару) у 5 випадках на 98,9 тис. грн.

За даними звіту Держаудитслужби за 2022 рік, у 2022-му за результатами проведених моніторингів закупівель органами Держаудитслужби попереджено порушень, у тому числі **шляхом відміни 1311 торгів**, на суму майже 7,9 млрд грн та **розірвання 1281 договорів** на суму понад 6,7 млрд грн¹¹⁹.

Отже, за узагальненими даними, основними способами усунення (за звітами – попередження) порушень, виявлених за результатами моніторингу, є відміна закупівлі та розірвання договору про закупівлю. Вочевидь ці способи усунення (попередження) порушень застосовуються в тих випадках, коли інші способи коригування ходу закупівлі процесуально неможливі.

— Показники реагування замовників на висновки моніторингу

Для замовника Закон передбачає три **варіанти правомірної реакції** на висновок моніторингу: протягом п'яти робочих днів з дня оприлюднення органом державного фінансового контролю висновку замовник надає через електронну систему закупівель:

- інформацію та/або документи, що свідчать про **усунення** порушення (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель, викладених у висновку,
- або аргументовані **заперечення** до висновку,
- або інформацію про причини, з яких **неможливо** усунути виявлені порушення.

Окрім того, у разі незгоди замовника з інформацією, викладеною у висновку, він має **право оскаржити висновок** до суду протягом 10 робочих днів з дня його оприлюднення.

Проте навіть якщо замовник оприлюднив інформацію та/або документи про усунення порушення, цього недостатньо для того, щоб порушення обліковувались у системі як усунуті. Адже підтвердити факт усунення порушення та зазначити про це в системі Prozorro має ОДФК – протягом п'яти робочих днів з дня оприлюднення замовником відповідної інформації. Тоді, за Законом, службова (посадова) особа замовника та/або уповноважена особа замовника не притягається до адміністративної відповідальності за порушення законодавства у сфері закупівель з порушень, що були усунуті замовником відповідно до висновку.

Отже, аналіз питомої ваги моніторингів із усунутими порушеннями може ускладнюватися тим, що замовник та державні аудитори можуть на практиці не проставляти позначку усунення порушення з різних причин: оскарження висновку в судовому порядку, відміна процедури закупівлі замовником, людський чинник тощо.

¹¹⁶ Окрім випадків, коли порушення не виявлено.

¹¹⁷ Окрім випадків, коли під час моніторингу замовник відмінив тендер або він визнаний таким, що не відбувся

¹¹⁸ Статистичний звіт Держаудитслужби України за 2021 рік. URL: <https://dasu.gov.ua/ua/plugins/userPages/1985>

¹¹⁹ Статистичний звіт Держаудитслужби України за 2022 рік. URL: <https://dasu.gov.ua/ua/plugins/userPages/2652>

Розглянемо, як на практиці відображаються дії замовників із реагування на висновки моніторингів у електронній системі закупівель Prozorro.

У **8100 моніторингах**, розпочатих у 2021 році у 10170 лотах та за результатами яких було виявлено порушення, в системі Prozorro наявна така інформація про подальші дії замовника з усунення порушення:

Таблиця 2.7. Дані щодо усунення порушень у результаті моніторингів, розпочатих у 2021 році.

Статус усунення порушень замовником (загалом)	Кількість моніторингів
Усунуто повністю ¹²⁰	1770 (21,90%)
Не усунуто	44 (0,54%)
Частково усунуто	8 (0,10%)

Про усунення порушення за результатами решти **77,5% моніторингів система не містить інформації** – у натуральних показниках це 6270 моніторингів у 8080 лотах.

Оскільки відсутність інформації про усунення порушення може бути зумовлена різними причинами, ми проаналізували, що відбувалось у процедурах закупівель із моніторингами, у яких було виявлено порушення, але щодо яких відсутня інформація про стан усунення порушення.

У 2021 році було розпочато **6270 таких моніторингів у 8080 лотах**. Подальша доля лотів із ними – наступна:

Таблиця 2.8. Стан лотів, у яких моніторингами 2021 року виявлено порушення і відсутня позначка про їх усунення.

Підстатус лота	Кількість моніторингів
Завершено. Всі договори опубліковано	5440 (86,81%)
Завершено. Скасовано лот	637 (10,16%)
Завершено. Неуспішний лот	239 (3,81%)
Активний лот. Немає опублікований договорів	58 (0,93%)

За першим рядком можна виявити, що, незважаючи на те, що за результатами **5440 моніторингів**, розпочатих у 2021 році, було виявлено порушення, у системі немає інформації про усунення порушення. Натомість у **6970 лотах**, яких стосувались ці висновки моніторингу, було укладено договори про закупівлю – незважаючи на наявність моніторингів і виявлення порушень.

Це може свідчити про те, що 5440 моніторингів у 6970 лотах або завершені на стадії, коли договір вже укладено, або не вплинули на факт завершення процедури закупівлі та укладення договору, або містили такий спосіб усунення порушення, який не передбачав коригування ходу закупівлі. У **суді** серед них оскаржувались **1199 висновків моніторингів**, що становить 22% від кількості висновків, у яких зафіксовано порушення, немає інформації про його усунення і укладено договір.

Виникає питання, чи були виконані договори про закупівлю за результатами таких процедур і чи здійснювали замовники оплату за такими договорами. З наведеної вище вибірки випадків, що лишились без оскарження в суді, договори виконані у **3510 лотах із 2390 моніторингами**, тобто у понад половині випадків.

Загалом, якщо співвіднести цей показник із кількістю моніторингів і закупівель, у яких виявлено порушення, виходить, що серед лотів, у яких моніторингом було виявлено порушення (8100 моніторингів), **29,5% висновків моніторингів** (2390 моніторингів) **не вплинули на хід закупівлі взагалі**, адже у **34,5% лотів** (3510 лотів з 10170) закупівля успішно завершилась, а договір – виконано, без оскарження в суді.

Проаналізуємо, чи змінилась ця ситуація в 2022 році.

120

Через особливості побудови модуля цей рядок також включає в себе 99 випадків, коли замовники повідомили про неможливість усунення порушення.

У **7870** моніторингах, розпочатих у 2022 році у 8470 лотах та за результатами яких було виявлено порушення, в системі наявна така інформація про подальші дії з усунення порушення:

Таблиця 2.9. Дані щодо усунення порушень у результаті моніторингів, розпочатих у 2022 році.

Статус усунення порушень замовником (загалом)	Кількість моніторингів
Усунуто повністю	2010 (25,53%)
Частково усунуто	25 (0,32%)
Не усунуто	17 (0,22%)

Про усунення порушення за результатами решти **74,3%** моніторингів, розпочатих у 2022 році, система не містить інформації.

У натуральних показниках у 2022 році у **6250** лотах було розпочато **5820** моніторингів, за результатами яких було виявлено порушення, але відсутня інформація про стан усунення порушення. Подальша доля таких лотів – наступна:

Таблиця 2.10. Стан лотів, у яких моніторингами 2022 року виявлено порушення і відсутня позначка про їх усунення.

Підстатус лота	Кількість моніторингів
Завершено. Всі договори опубліковано	5090 (87,49%)
Завершено. Скасовано лот	595 (10,22%)
Завершено. Неуспішний лот	97 (1,67%)
Активний лот. Немає опублікованих договорів	78 (1,34%)

За першим рядком можна виявити, що за результатами **5090 моніторингів**, розпочатих у 2022 році щодо 5380 лотів, у яких виявлено порушення, відсутня інформація про усунення порушення, а натомість було укладено договори про закупівлю – незважаючи на наявність моніторингів і виявлення порушень.

Це означає, що 5090 моніторингів у 5380 лотах або розпочаті на стадії, коли договір вже укладено, або не вплинули на факт завершення процедури закупівлі та укладення договору, або містили такий спосіб усунення порушення, який не передбачав коригування ходу закупівлі. У суді серед них оскаржувалось лише 979 висновків моніторингів, що складає 19,23% від кількості висновків, у яких зафіксовано порушення, немає інформації про його усунення і укладено договір.

У частині, що не оскаржувалась у суді (4111 моніторингів) **договори виконані у 2380 лотах із 2230** моніторингами, тобто більше ніж половині випадків без оскарження в суді.

Загалом, якщо співвіднести цей показник з кількістю моніторингів та закупівель, у яких виявлено порушення, виходить, що серед лотів, у яких моніторингом було виявлено порушення, **28% висновків моніторингів (2230 з 7870) не вплинули на хід закупівлі взагалі**, адже у 28% випадків (2380 лотів з 8470) закупівля успішно завершилась, а договір – виконано, без оскарження в суді. У порівнянні з показниками 2021 року цей показник знизився на 5%, але все ж залишається суттєвим.

Таким чином, маємо ознаки недостатньо високої ефективності моніторингів процедур закупівель, оскільки **майже у третині випадків, коли порушення виявлено, наявність висновку моніторингу про це не впливає на хід закупівлі**. Це може бути пов'язано з декількома причинами. Наприклад, державні аудитори виявили несуттєве порушення і зобов'язали замовника вжити заходів, щоб не допустити це порушення в майбутньому. Або насправді порушення було усунуто, проте сторони не зробили відповідну позначку в системі Prozorro. Або порушення було виявлено на стадії виконання договору, і державні аудитори не вважали його настільки суттєвим, аби зобов'язати замовника розривати договір. Але навіть якщо поведінка замовника в цих випадках правомірна, постає питання про доцільність проведення понад 2000 моніторингів на рік, якими виявлено лише несуттєві порушення та/або на стадії, коли порушення неможливо усунути.

Для випадків, коли виявляють суттєві порушення, необхідно забезпечити дієвий механізм виконання приписів, які містяться у висновку моніторингу.

— Притягнення до відповідальності за порушення законодавства про закупівлі

Як зазначалось у попередніх підрозділах дослідження, наступна стадія роботи за результатами моніторингу, в якому замовник не усунув порушення і не оскаржив висновок у суді – заходи з притягнення посадових осіб замовника до адміністративної відповідальності.

Оскільки інформація про кількість протоколів та постанов про адміністративні правопорушення не відображається в публічному модулі аналітики, в якості джерела інформації про результати роботи ОДФК використовуємо їхні щорічні статистичні звіти про результати роботи.

За даними звіту Держаудитслужби за **2021 рік**, за результатами проведених моніторингів закупівель органами Держаудитслужби протягом 2021 року попереджено порушень, у тому числі шляхом **відміни 1341 торгів**, на суму майже 9,7 млрд грн та **розірвання 1421 договору** на суму понад 3,2 млрд грн¹²¹.

За даними звіту Держаудитслужби за **2022 рік**, за результатами проведених моніторингів закупівель органами Держаудитслужби протягом 2022 року попереджено порушень, у тому числі **шляхом відміни 1311 торгів**, на суму майже 7,9 млрд грн та **розірвання 1281 договору** на суму понад 6,7 млрд грн¹²².

Інформація про притягнення до адміністративної відповідальності винних осіб у статистичних звітах Держаудитслужби міститься у розрізі заходів державного фінансового контролю щодо закупівель в цілому – не лише моніторингів.

Згідно зі звітом про результати діяльності Держаудитслужби, її міжрегіональних територіальних органів за січень – грудень 2021 року (форма № 2-ДФК), Держаудитслужбою, її міжрегіональними територіальними органами **за результатами моніторингу та перевірок закупівель:**

- надіслано до суду протоколів про адміністративне порушення за порушення законодавства у сфері закупівель (стаття 164–14 КУпАП) – **843**;
- притягнуто до адміністративної відповідальності **402 особи**, на яких накладено адміністративні стягнення (штрафи) на загальну суму близько 2,07 млн грн;
- разом із тим, фактично внесено адміністративних штрафів на суму близько **1,02 млн грн**¹²³.

Згідно зі звітом про результати діяльності Держаудитслужби, її міжрегіональних територіальних органів за січень – грудень 2022 року (форма № 2-ДФК), Держаудитслужбою, її міжрегіональними територіальними органами **за результатами моніторингу та перевірок закупівель:**

- надіслано до суду протоколів про адміністративне порушення за порушення законодавства у сфері закупівель (стаття 164–14 КУпАП) – **374**;
- притягнуто до адміністративної відповідальності **153 особи**, на яких накладено адміністративні стягнення (штрафи) на загальну суму 620,5 тис. грн;
- разом із тим, фактично внесено адміністративних штрафів на суму 441,73 тис. грн¹²⁴.

Окрім того, у звітах Держаудитслужби міститься **інформація про її взаємодію з правоохоронними органами.**

Так, у **2021** році робота в цьому напрямку характеризувалась наступними показниками:

- Кількість переданих до правоохоронних органів матеріалів перевірок закупівель – 196;
- Кількість надісланих до правоохоронних органів інформацій за перевітками закупівель – 217;
- Кількість розпочатих досудових розслідувань за матеріалами перевірок закупівель – 47.

Окремої статистики щодо аналогічних показників за результатами саме моніторингів публічних закупівель звіт не містить, але 90 з 528 перевірок закупівель, за даними звіту, були проведені саме після моніторингів.

121 Статистичний звіт Держаудитслужби України за 2021 рік. URL: <https://dasu.gov.ua/ua/plugins/userPages/1985>
122 Статистичний звіт Держаудитслужби України за 2022 рік. URL: <https://dasu.gov.ua/ua/plugins/userPages/2652>
123 Статистичний звіт Держаудитслужби України за 2021 рік. URL: <https://dasu.gov.ua/ua/plugins/userPages/1985>
124 Статистичний звіт Держаудитслужби України за 2022 рік. URL: <https://dasu.gov.ua/ua/plugins/userPages/2652>

У 2022 році:

- Кількість переданих до правоохоронних органів матеріалів перевірок закупівель – 305;
- Кількість надісланих до правоохоронних органів інформацій за перевітками закупівель – 270;
- Кількість розпочатих досудових розслідувань за матеріалами перевірок закупівель – 74.

Окремої статистики щодо аналогічних показників за результатами саме моніторингів публічних закупівель звіт не містить, але 146 з 587 перевірок закупівель, за даними звіту, були проведені саме після моніторингів.

З наведених даних вбачаються деякі проблемні особливості:

1. кількість розпочатих досудових розслідувань значно поступається кількості надісланих матеріалів та інформацій до правоохоронних органів;
2. обсяг фактично внесених штрафів поступається обсягу накладених штрафів;
3. значна кількість та обсяг усунутих порушень за результатами моніторингу шляхом відміни закупівлі та розірвання договорів свідчить про те, що порушення було виявлено на стадії, коли усунути його в інший спосіб було вже неможливо.

Розглядаючи питання притягнення винних осіб до адміністративної відповідальності, необхідно звернути окрему увагу **на проблему доступу ОДФК до персональних даних** таких осіб для складення протоколу про адміністративне правопорушення, винесення судом постанови та її примусового виконання за необхідності.

Як згадувалось у Розділі 1 цього дослідження, за інформацією, оприлюдненою на сайті Держаудитслужби¹²⁵ та отриманою в листі від неї, було виявлено, що можливість притягнення замовника до відповідальності пов'язана з проблемою доступу ОДФК до персональних даних особи, яка вчинила адміністративне правопорушення. Для притягнення особи до відповідальності на різних стадіях потрібні такі персональні дані: ПІБ, дата народження, місце проживання/перебування, РНОКПП / паспортні дані (для осіб, які не мають РНОКПП).

Закон передбачає, що уповноважені особи під час користування системою Prozorro вносять персональні дані, надають згоду на їх обробку та оновлюють такі дані у разі їх зміни¹²⁶.

Для того щоб з'ясувати, чи достатньо цього на практиці для отримання даних ОДФК і чому ні – ми звернулись до ДП «Прозорро» із запитом про реалізацію в системі Prozorro зберігання персональних даних уповноважених осіб замовників та про доступ ОДФК до цих даних. З відповіді було виявлено таке:

- Технічно можливість надати персональні дані уповноваженої особи до системи Prozorro реалізована, а саме: в модулі тестування уповноважені особи надають згоду на обробку персональних даних, а дані вносяться до системи Prozorro автоматично, під час накладення власного удосконаленого/кваліфікованого електронного підпису (далі – КЕП). Це означає, що зміст даних обмежений змістом даних у КЕП.
- В уповноважених осіб замовників немає можливості користуватися системою Prozorro, не внісши до системи свої персональні дані (шляхом накладання КЕП) та не надавши згоду на їх обробку.
- У системі зберігаються в незмінному вигляді персональні дані особи, зчитані Системою з КЕП. Дані про сертифікат КЕП є відкритою інформацією, оскільки подивитися/перевірити дану інформацію можливо на порталі Центрального засвідчувального органу.
- Внесення до Системи персональних даних вручну, зміна збережених у Системі даних, у разі їх зміни – не реалізовано.
- ДП «Прозорро» не фіксувало фактів звернень ОДФК із запитом (зверненнями) на отримання персональних даних осіб. Дані, які наявні у Системі в процедурах закупівель, доступні органам державного фінансового контролю для ознайомлення та подальшого використання.
- Робіт, які спрямовані на забезпечення автоматизованого доступу ОДФК до персональних даних уповноважених осіб замовників закупівель, не заплановано, оскільки, за наявною від ОДФК інформацією, на кожен окремий висновок за результатами моніторингу, ДАСУ необхідний окремий дозвіл на використання персональних даних. Це створює для ДАСУ певні перешкоди у здійсненні їхніх повноважень, які необхідно врегулювати на законодавчому, а не технічному рівні.

¹²⁵ Новина «Злий намір чи прикра випадковість, або хто перешкоджає нам здійснювати свої повноваження?» URL: <https://dasu.gov.ua/ua/news/775>

¹²⁶ Частина друга статті 11 Закону України «Про публічні закупівлі».

ДП «Прозорро» також висловило позицію, що **ефективнішим способом отримання повної та достовірної інформації щодо персональних даних таких осіб може бути звернення до органів-розпорядників інформації** (наприклад, Державної міграційної служби) та до **окремих державних реєстрів**, оскільки Підприємство на даний час не має можливості забезпечити окремий функціонал збору та зберігання необхідної ДАСУ інформації та гарантувати її цілковиту достовірність¹²⁷.

Отже, нормативна проблема недостатнього врегулювання доступу ОДФК до необхідних баз даних проявляється, зокрема, у тому, що ОДФК складно отримати доступ до персональних даних осіб, яких ОДФК має намір притягти до адміністративної відповідальності.

Резюмуючи аналіз даних щодо моніторингів закупівель, зазначимо ключові особливості.

Кількість моніторингів щорічно зростає і в 2023 році може сягнути 13 тис. Показники охоплення процедур закупівель моніторингами у 2020–2022 роках сягали 4% у розрізі кількості та до 25% у розрізі очікуваної вартості.

Незважаючи на те, що ОДФК у травні 2023 року отримали повноваження проводити *моніторинг прямих договорів*, протягом перших трьох місяців не було суттєвої активності в цьому напрямку. Кількість таких моніторингів станом на 06 серпня не перевищувала 13, а порушення поки що виявлено лише у двох випадках – в обох замовник не оприлюднив договір та не відобразив підстав його укладення.

Найбільш поширеною підставою для початку моніторингу, за даними системи Prozorro, є власна ініціатива ОДФК (понад 93% у 2022 році). Гіпотеза щодо *проблеми з використанням ризик-індикаторів* як підстави для початку моніторингу підтвердилась. Проблема пов'язана не лише з невідповідністю ризик-індикаторів чинному законодавству, але і з низкою інших труднощів у їх використанні, що виникли до 2022 року.

Даними про кількість і види виявлених порушень *підтверджується гіпотеза про витрату значних ресурсів на виявлення «інших»* – не передбачених Кодексом та опціями системи – правопорушень, а також тих, що мають *формальний характер* і переважно не впливають на економію коштів і вибір переможця. Наприклад, у 35,31% моніторингів, розпочатих у 2021 році, виявлено «інші порушення», у 32,38% – порушення в тендерній документації. Серед «інших порушень», які у 2023 році залишаються в трійці найчастіше фіксованих, переважають формальні порушення (як-от невірне зазначення коду окремої номенклатурної позиції), які мають опосередкований стосунок до питань ефективності, економії, конкуренції в закупівлях. Разом із тим, серед цих порушень є такі, що можуть істотно вплинути на хід та результати закупівель – зокрема, порушення правила «24 годин» шляхом безпідставного ненадання або помилкового надання можливості учасникам виправити невідповідності в тендерній пропозиції. Така практика вказує на те, що необхідно оновити законодавчу класифікацію порушень залежно від їхньої суттєвості та передбачити відповідно різні наслідки для кожної категорії.

Серед «порушень у тендерній документації» значну частину мають ті, що пов'язані з дослівним відтворенням замовником змісту законодавства. Тому, щоб зменшити кількість таких порушень та витрати ресурсів ОДФК на їхнє виявлення, доцільно продовжити і завершити розробку електронної тендерної документації. Зокрема передбачити, що інформація із законодавства буде відображатися в електронних полях і не потребуватиме дій замовника. Замовник готуватиме лише ту частину тендерної документації, яка потребує від нього рішень, інформації тощо.

Перелік правопорушень у системі Prozorro, доступний для вибору, не відображає дослівно перелік правопорушень статті 164–14 Кодексу, і це також потребує коригування.

Щодо способу усунення порушення, оскільки Закон не передбачає вичерпного переліку таких способів, система Prozorro також не містить полів, які би відображали такі варіанти. За звітами Держаудитслужби, у 2021 році такими способами стала відміна 1341 торгів, розірвання 1421 договору, а в 2022 році – відміна 1311 торгів, розірвання 1281 договору.

Разом із тим, щорічно до 29% моніторингів, якими виявлено порушення, не мають позначки про усунення порушення, попри те, що водночас мають статус успішно завершених, з укладеним та виконаним договором, без ознаки оскарження в суді. Ця особливість може свідчити як про неповне внесення інформації до системи, так і про те, що ці моніторинги не вплинули на хід закупівлі, зокрема через те, що на пізній стадії процедури виявлено несуттєві порушення.

На стадії притягнення до відповідальності осіб, які не усунули порушення, знаходить своє підтвердження проблема доступу ОДФК до персональних даних правопорушників. Дані з КЕП уповноважених осіб, які зберігаються в системі Prozorro, не містять повного обсягу даних, необхідних для складення протоколу, постанови, примусового виконання. Існує потреба ОДФК у тому, щоб запровадити взаємодію з органами та установами, які є зберігачами верифікованих персональних даних, щодо їх отримання.

Також виявлено інші проблемні особливості на цій стадії: кількість розпочатих досудових розслідувань значно поступається кількості надісланих матеріалів та інформацій до правоохоронних органів; обсяг фактично внесених штрафів поступається обсягу накладених штрафів.

До того ж моніторинг недостатньо охоплює питання формування очікуваної вартості та потреби в закупівлі, окрім контролю за оприлюдненням замовником обґрунтування технічних та якісних характеристик предмета закупівлі, розміру бюджетного призначення, очікуваної вартості предмета закупівлі на власному вебсайті, згідно з Постановою Кабінету Міністрів України № 710 від 11 жовтня 2016 року (із змінами).

Процеси формування очікуваної вартості та потреби в закупівлі недостатньо охоплені контролем. Це призводить до того, що закупівлі часто здійснюються за завищеними цінами та/або без реальної об'єктивної потреби, особливо в умовах воєнного стану. По суті, такі закупівлі стають одним із яскравих проявів неефективності використання бюджетних коштів.

Але вплив моніторингу на такі випадки обмежений, оскільки ОДФК не мають достатніх законодавчих та технічних передумов, щоб оцінити, чи є ціни завищеними, чи є потреба необґрунтованою.

РОЗДІЛ 3. Проблемні питання практики моніторингу публічних закупівель (на прикладі аналізу застосування «правила 24 годин»)

Як зазначалось у попередніх розділах, кількість моніторингів публічних закупівель, що їх розпочинають щорічно, вже сягнула 10 тис. Тому, щоб проаналізувати практику державних аудиторів, перевірити, чи справджуються гіпотези щодо проблем, а також виявити інші труднощі, які виникають на практиці, необхідно обрати для аналізу певну частину практики.

Оскільки з 19 жовтня 2022 року правове регулювання публічних закупівель суттєво змінилось, то вибірка моніторингів для аналізу мала стосуватись закупівель, оголошених 19 жовтня 2022 року і пізніше. Але за період з 19 жовтня 2022 року по 19 квітня 2023 року, за даними системи Prozorro, державні аудитори розпочали 5990 моніторингів, які стосувались 6630 лотів. Якщо взяти висновки моніторингів за короткий відрізок часу, то їхній зміст буде стосуватись різних питань дотримання законодавства про публічні закупівлі.

Тому об'єкт аналізу потребує звуження за змістовою ознакою.

В якості такої ознаки ми обрали питання, як державні аудитори тлумачать «правило 24 годин». Це один із найсуттєвіших інструментів боротьби з практикою, коли учасників відхиляють через помилки, яких вони припустились у документах. Згідно з ним, якщо замовник виявив у тендерній пропозиції невідповідності, він зобов'язаний повідомити про це на сторінці закупівлі та надати учаснику 24 години на усунення невідповідностей.

Оскільки правило зазнало неодноразових змін, зараз практика його застосування викликає дискусії серед замовників та учасників. Тому висвітлення підходів ОДФК до цієї норми матиме цінність для всіх сторін закупівельного процесу, а також сприятиме уніфікації практики. На прикладі конкретної норми ми розглянемо, які проблеми виявляються у практиці моніторингів.

— Основи «правила 24 годин» в українському закупівельному законодавстві

[Перша версія](#) Закону України «Про публічні закупівлі» (далі – Закону) не дозволяла виправляти невідповідності у тендерних пропозиціях після спливу строку їхнього подання. Будь-яка помилка, що впливала на зміст тендерної пропозиції та робила її невідповідною, призводила до відхилення. Цим активно користувались замовники, які бажали обмежити конкуренцію, наповнюючи текст тендерної документації прихованими вимогами.

Своєю чергою, «лазітками», якими міг скористатись учасник, аби перемогти з неідеальними документами пропозиції, були, зокрема, такі:

- довести, що помилка формальна і не впливає на зміст пропозиції;
- довести, що інформація вимагалась без конкретної форми і вона наявна у пропозиції, але

- міститься в іншому документі;
- довести, що інформацію, якої бракує у пропозиції, замовник може знайти у відкритих державних реєстрах, доступ до яких є вільним;
- довести, що документи, які вимагав замовник, не передбачені законодавством і взагалі не існують у природі.

Тобто на стадії розгляду тендерних пропозицій замовник та учасник були обмежені у рішеннях та доводах лише тими документами, які учасник встиг подати до кінцевого строку подання. Довантажувати, виправляти, міняти документи заборонялось, а змістова невідповідність означала відхилення.

Можливість виправляти помилки в поданій тендерній пропозиції з'явилася в квітні 2020 року через [велике оновлення](#) Закону України «Про публічні закупівлі». Такий крок виглядав справді революційно на фоні років, що минули без такої можливості. Відтоді Закон зобов'язав замовників діяти толерантніше. Якщо, розглядаючи тендерну пропозицію, замовник виявляє невідповідність в інформації/документах, що подані в тендерній пропозиції та/або подання яких вимагалось тендерною документацією, він має розмістити повідомлення про це на сторінці тендеру в Prozorro. У повідомленні – вимагати від учасника усунути невідповідності протягом 24 годин з моменту оприлюднення вимоги, описавши їхній перелік, яку саме вимогу тендерної документації порушено та що саме повинен надати учасник.

Задля виправлення помилок учасник має право як завантажити уточнені документи, так і додати нові. Коли сплинуть 24 години, замовник повинен розглянути тендерну пропозицію учасника з урахуванням виправлень та доповнень.

Можливість розмістити вимогу про усунення невідповідностей замовник має лише один раз щодо одного учасника процедури, окрім випадків, пов'язаних з виконанням рішення АМКУ.

Закон чітко визначав, **які частини пропозиції можна виправити:**

- кваліфікаційна частина (документи та інформація про працівників, досвід виконання аналогічного договору, матеріально-технічну базу, фінансову спроможність);
- документи та інформація про повноваження підписантів учасника.

Тому виправляти документи технічної частини, забезпечення (банківську або страхову гарантію) та інші документи, що не належать до кваліфікаційних та до підтвердження повноважень підписанта, не дозволялось.

Під час дії правового режиму воєнного стану Кабінет Міністрів України прийняв Постанову № 1178 від 12 жовтня 2022 року, якою затвердив особливості здійснення публічних закупівель товарів, робіт і послуг для замовників, передбачених Законом України «Про публічні закупівлі», на період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування (далі – Особливості).

В Особливостях Уряд запровадив новий підхід до виправлення помилок у тендерних пропозиціях – із набуттям чинності постановою учасники отримали право виправляти не лише кваліфікаційну частину та документи про повноваження підписанта, але й інші складові своїх пропозицій. Особливості містять таке визначення «невідповідностей»:

«Під **невідповідністю** в інформації та/або документах, що подані учасником процедури закупівлі у складі тендерної пропозиції та/або подання яких вимагається тендерною документацією, розуміється в тому числі **відсутність у складі тендерної пропозиції інформації та/або документів**, подання яких передбачається тендерною документацією (**крім випадків відсутності** забезпечення тендерної пропозиції, якщо таке забезпечення вимагалось замовником, та/або **відсутності** [слово «відсутності» додано до нової редакції Особливостей, чинної з 25 лютого 2023 року – прим. автора] **інформації (та/або документів) про технічні та якісні характеристики предмета закупівлі**, що пропонується учасником процедури в його тендерній пропозиції).

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

Інших обмежень щодо помилок, які можна виправляти, постанова не містила. Тобто з жовтня 2022 року на замовників покладено обов'язок розміщувати вимоги про усунення невідповідностей фактично в більшості випадків, зокрема:

- як і раніше – у кваліфікаційній частині, документах про повноваження підписанта;
- вперше – у документах, які не належать до кваліфікаційних або таких, що підтверджують повноваження (наприклад, у згоді на обробку персональних даних, у розрахунку ціни тощо);
- у забезпеченні тендерної пропозиції (найчастіше – банківській гарантії) – у всіх випадках, окрім відсутності забезпечення;
- у технічній частині тендерної пропозиції – якщо виправлення не призводить до зміни предмета закупівлі, найменування товару, марки, моделі тощо, і при цьому інформація або документ про технічні та якісні характеристики предмета наявні у пропозиції.

Таким чином, як [роз'яснило](#) Міністерство економіки в листі № 3323–04_22523–06 від 17.05.2023 року, на період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування Особливості **містять розширену можливість для виправлення невідповідностей**. Це дозволяє учаснику, в пропозиції якого наявні такі невідповідності, **виправити їх для збереження найбільш економічно вигідної пропозиції** для замовника.

Описані новації породили дискусії в лавах замовників, учасників та фахової спільноти. Незважаючи на те, що норма виглядає зрозумілою як така, на практиці під час розгляду конкретних ситуацій у замовників часто виникали сумніви, чи необхідно надавати 24 години на усунення невідповідностей у конкретному випадку. Наприклад, чи відбулась зміна предмета закупівлі, якщо виправити його технічну характеристику? Чи можна вважати відсутньою банківську гарантію, яка не містить усіх обов'язкових реквізитів? Чи належать до документів, які надаються на виконання вимог технічної специфікації, довідки, що вимагаються в ній, але не мають відношення до предмета закупівлі?

Проблемні аспекти цієї норми найбільш наочно віддзеркалюються в практиці моніторингів закупівель, у яких замовники надали 24 години на усунення недоліків, а державні аудитори – забезпечили цьому правову оцінку. Тому ми проаналізували практику моніторингів та узагальнили результати.

— Застосована методика аналізу практики

Під час дослідження висновків моніторингів у закупівлях ми застосовували джерела інформації, часові межі, ключові запити:

- джерело інформації – електронна система закупівель Prozorro;
- часові межі – висновки моніторингів у закупівлях, оголошених з 25 лютого 2023 року до 18 травня 2023 року та з 19 травня 2023 року по 25 травня 2023 року;
- ключові запити: «40 особливостей», «40 цих особливостей», а також «43 особливостей», «43 цих особливостей» – у відповідних часових проміжках.

Отже, об'єкт аналізу: висновки моніторингів Держаудитслужби та її підрозділів у регіонах щодо застосування «правила 24 годин» у закупівлях, оголошених з 25 лютого 2023 року по 25 травня 2023 року.

19 травня 2023 року набула чинності нова редакція Особливостей, у якій зазнала змін нумерація пунктів: пункт 40 став пунктом 43, але за змістом викладена в ньому норма не змінилась.

Тому для аналізу застосовано такі **пошукові запити:**

- «40 особливостей», «40 цих особливостей», – у періоді оголошення процедури закупівлі з 25 лютого 2023 року по 18 травня 2023 року;
- «43 особливостей», «43 цих особливостей» – у періоді оголошення процедури закупівлі з 19 травня 2023 року по 25 травня 2023 року.
- Усього станом на 20 червня 2023 року було виявлено **57 висновків**.

Ключові питання, які ми мали на меті дослідити:

- статистичні показники та суть порушень «правила 24 годин», які найчастіше встановлюють державні аудитори під час моніторингу процедур закупівель;
- способи усунення порушень «правила 24 годин», які пропонують державні аудитори замовникам на різних стадіях процедур закупівель та чинники, від яких залежить вибір того чи іншого способу усунення порушень;
- які недоліки та в яких частинах тендерної пропозиції припустимо виправляти за «правилом 24 годин», а які ні – за версіями державних аудиторів, які викладені в їхніх висновках, а також чинники, від яких залежить можливість виправляти недоліки у суперечливих ситуаціях.

- проблемні питання в застосуванні «правила 24 годин» та усуненні його порушень, шляхи вирішення цих проблемних питань, які можна запропонувати.

— Типи висновків моніторингів, у яких розглядалось питання «24 годин»

Виявлені висновки моніторингів, у яких розглядалось дотримання «правила 24 годин», умовно можна розділити на такі категорії:

1. Висновки, в яких аудитори встановили, що замовник **повинен був надати** 24 години на усунення невідповідностей, проте замовник цього **не зробив** усупереч пункту 40 Особливостей.

У цій категорії налічується **23 випадки**, які можна розділити на дві підкатегорії:

- 1.1. Висновки, в яких встановлено, що **внаслідок ненадання 24 годин** на усунення невідповідностей **замовник відхилив** тендерну пропозицію учасника (найбільш економічно вигідну), сприйнявши недоліки як невивправні. Проте державні аудитори надали оцінку невідповідностям як таким, що підлягають виправленню відповідно до пункту 40 Особливостей.

Кількість таких випадків – **16**.

Недоліки, які найчастіше фігурують у таких висновках: недоліки технічної частини пропозиції – 9 випадків, недоліки кваліфікаційної частини – 3 випадки, недоліки в інших документах – 4 випадки¹²⁸.

Спосіб усунення порушення – переважно **припинення зобов'язань** за договором, укладеним із переможцем процедури закупівлі (розірвання договору) – 11 випадків, рідше – **недопущення виявлених порушень у майбутньому** – 4 випадки, а також виявлено 1 випадок зобов'язання відхилити найдешевшу пропозицію, оскільки замовник процесуально ще мав таку можливість.

Як бачимо, існує **різниця в підходах** державних аудиторів до того, **в який спосіб замовник має усунути порушення** «правила 24 годин» після того, як відхилив тендерну пропозицію учасника, не надавши йому можливість виправити недоліки тендерної пропозиції.

З однієї сторони, 11 випадків зобов'язання замовника розірвати договір із безпідставно визначеним переможцем, чия пропозиція дорожча, виглядають виправданими, адже найдешевшу тендерну пропозицію замовник відхилив, пропустивши стадію усунення невідповідностей. І тому не мав підстав переходити до розгляду наступної пропозиції й визначати її переможною. Тут маємо втрачену можливість прийняти найдешевшу пропозицію.

З іншої сторони, оскільки 24 години не були надані, невідомо, чи зміг би виправити відхилений учасник недоліки у своїй пропозиції, особливо якщо вони були істотні та у великій кількості.

Щоб проілюструвати різницю в підходах до способу усунення порушень у цій підкатегорії, варто навести приклади з практики моніторингів.

ПРИКЛАД 1:

У висновку моніторингу UA-M-2023-04-24-000087¹²⁹ Північний офіс Держаудитслужби встановив, що підставами для відхилення найдешевшої тендерної пропозиції учасника ТОВ «Українська будівнича компанія» стали такі невідповідності:

- надано договірну ціну, до якої не включено розрахунковий коефіцієнт інфляції $K=1,028$ (врахований загальний термін будівництва), до сумарних витрат, які пов'язані з інфляційними процесами при виконанні робіт, що є невідповідністю умовам технічної специфікації та іншим вимогам до предмета закупівлі;
- надано. **imd файл на суму 9 592 613,32 грн, що не відповідає вартості договірної ціни, наданої**

128 Кількість випадків виправлення або невивправлення недоліку в певній частині пропозиції може не співпадати з кількістю висновків моніторингів, оскільки в одному висновку може бути встановлено факт виправлення або невивправлення недоліків одночасно в різних частинах пропозиції.

129 Моніторинг UA-M-2023-04-24-000087 у закупівлі UA-2023-03-27-004826-а (Північний офіс Держаудитслужби)

учасником, сума якої становить 9543 990,40 грн, що є невідповідністю умовам технічної специфікації та іншим вимогам щодо предмета закупівлі тендерної документації.

Державні аудитори дійшли висновку: «Замовником відхилено тендерну пропозицію ТОВ «Українська будівнича компанія» як таку, що не відповідає умовам технічної специфікації в частині виправлення помилок, які не призводять до зміни предмета закупівлі. Таким чином, Замовником **не надано вимогу про усунення невідповідностей в електронній системі закупівель, чим порушено пункт 40 Особливостей**».

Необхідно зауважити, що цінова пропозиція у відхиленого учасника складала 9 млн 543 тис. 990 грн 40 коп. з ПДВ, а наступна цінова пропозиція учасника, визначеного переможцем – 10 млн 831 тис. 352 грн 98 коп. з ПДВ, тобто **на 1 млн 287 тис. 362 грн 58 коп. дорожче**.

Незважаючи на це, визнаючи, що невідповідність у відхиленій тендерній пропозиції підлягала виправленню, Північний офіс Держаудитслужби **зобов'язав** замовника лише «здійснити заходи, направлені на **недопущення встановлених порушень в майбутньому**, зокрема шляхом притягнення до відповідальності осіб, якими допущені порушення».

Аналогічна ситуація склалась у двох інших закупівлях:

- за висновком моніторингу UA-M-2023-04-24-000065¹³⁰, замовник протиправно не надав учаснику ТОВ «Нові теплотехнології» можливість виправити невідповідність у договірній ціні, яка була визначена динамічною замість твердої. Відхиливши тендерну пропозицію цього учасника, замовник уклав договір із наступним учасником, чия ціна була **дорожче на 1 млн 2995 грн 48 коп.**;
- за висновком моніторингу UA-M-2023-05-02-000005¹³¹, замовник протиправно не надав учаснику ТОВ «СК НЕВА+» можливість виправити невідповідність у договірній ціні, яка була визначена твердою замість динамічної. Відхиливши тендерну пропозицію цього учасника, замовник уклав договір із наступним учасником, чия ціна була **дорожче на 2 млн 563 тис. 805 грн 89 коп.**

В обох випадках орган державного фінансового контролю не вимагав від замовника скасувати рішення про відхилення тендерної пропозиції учасника або розірвати договір із безпідставно визначеним переможцем. Хоча, наприклад, у випадку з ТОВ «Нові теплотехнології» висновок аудиторів оприлюднено за 5 днів після укладення договору. Отже, орган державного фінансового контролю мав можливість вплинути на хід закупівлі та запобігти перевитраті бюджетних коштів у цьому випадку.

ПРИКЛАД 2:

У висновку моніторингу UA-M-2023-05-18-000006¹³² Управління Східного офісу Держаудитслужби в Запорізькій області встановило, що підставою відхилення найдешевшої пропозиції стало використання учасником ресурсної елементної кошторисної норми (РЕКН) КР18-20-4 «Знімання асфальтобетонних покриттів доріг за допомогою машин для холодного фрезерування асфальтобетонних покриттів окремими місцями площею до 10 м2 шириною фрезерування 500 мм та глибиною фрезерування 50 мм», яка, на думку Замовника, «не відповідає технічним вимогам тендерної документації, а також призводить до завищення вартості прямих витрат, що в свою чергу збільшує вартість надання послуг».

Можливість виправлення невідповідності, що містилась у відхиленій пропозиції, державні аудитори мотивували, зокрема, тим, що вона «не відноситься до відсутності інформації (та/або документів) про технічні та якісні характеристики предмета закупівлі», а також не впливає на технічні та якісні характеристики поточного ремонту, не призводить до зміни предмета закупівлі.

Визнаючи ненадання 24 годин на виправлення помилки протиправним, державні аудитори визначили **способом усунення порушення «припинення договірних відносин**, враховуючи норми договору, Закону України «Про публічні закупівлі», Цивільного та Господарського кодексів України».

При цьому різниця між пропозицією переможця та відхиленою пропозицією складала **917 тис. 857 грн**, а висновок моніторингу оприлюднений через 1,5 місяця після укладення договору.

130 Моніторинг UA-M-2023-04-24-000065 у закупівлі UA-2023-04-06-010067-а (Північний офіс Держаудитслужби)

131 Моніторинг UA-M-2023-05-02-000005 у закупівлі UA-2023-03-28-011541-а (Північний офіс Держаудитслужби)

132 Моніторинг UA-M-2023-05-18-000006 у закупівлі UA-2023-03-24-000544-а (Управління Східного офісу Держаудитслужби в Запорізькій області)

Аналогічний спосіб усунення порушення визначило Управління Південного офісу Держаудитслужби в Миколаївській області за результатами моніторингу UA-M-2023-04-18-000073¹³³. Під час цього моніторингу державні аудитори встановили, що найбільш економічно вигідну пропозицію замовник відхилив через ненадання «завіреної копії свідоцтва про реєстрацію платника податку на додану вартість (або про сплату єдиного податку) або копії витягу з реєстру платника податку на додану вартість».

Спосіб усунення порушення – так само припинення зобов'язань за договором, укладеним з іншим учасником, зокрема із застосуванням відповідних наслідків недійсності договору.

При цьому різниця між пропозицією переможця та відхиленою пропозицією складала 163 тис. 836 грн – суттєвою за очікуваної вартості в 1 млн грн, інших порушень не виявлено.

Як бачимо, **підходи до визначення способу усунення** аналогічних порушень¹³⁴ (ненадання 24 годин на виправлення недоліків із відхиленням більш вигідної пропозиції) у різних випадках є різними, незалежно від розміру економії, яка була втрачена, та фактично без залежності від стадії процедури закупівлі. Практика реагування на ці порушення потребує уніфікації.

1.2. **Наступна група висновків, яку ми виявили – це висновки, в яких державні аудитори встановили, що внаслідок ненадання 24 годин** на те, щоб усунути невідповідності, **замовник визначив учасника переможцем**, незважаючи на недоліки в його тендерній пропозиції. Це означає, що у тендерній пропозиції учасника мали місце невідповідності, які, на думку державних аудиторів, підлягали виправленню за «правилом 24 годин». Втім, замовник, не надавши їм належної правової оцінки або не помітивши їх, визначив учасника переможцем, пропустивши стадію виправлення недоліків.

Кількість таких випадків – 7.

Недоліки, які найчастіше фігурують у таких висновках: недоліки кваліфікаційної частини – 5 випадків, недоліки технічної частини пропозиції – 2 випадки.

Спосіб усунення порушення: якщо замовник «пропустив» недоліки **кваліфікаційної** частини, то спосіб усунення порушення в таких випадках переважно «вжиття заходів щодо недопущення таких порушень у майбутньому» (4 випадки). Втім, трапляються й одиничні випадки, коли аудитори вимагають розірвати договір (1 випадок). У разі якщо пропозиція переможця має недоліки в технічній частині, то, залежно від стадії, усунути таке порушення аудитори вбачають за можливе скасувавши рішення про визначення переможця (1 випадок) або розірвавши договір (1 випадок, але у процедурі мали місце також інші порушення, що ускладнює встановлення причинно-наслідкового зв'язку між конкретним порушенням та способом його усунення).

У цій групі висновків так само звертає на себе увагу **суперечлива практика в частині визначення способу, у який замовник має усунути** порушення. Передовсім ідеться про недоліки кваліфікаційної частини тендерної пропозиції.

На більшість випадків, коли замовник «не помітив» недолік кваліфікаційної частини тендерної пропозиції та визначив учасника переможцем, державні аудитори реагують стримано та зобов'язують «вжити заходів щодо недопущення аналогічних порушень у майбутньому».

ПРИКЛАД 3:

За практикою, замовники зобов'язані лише «**здійснити заходи щодо усунення виявлених порушень шляхом їх недопущення в майбутньому**» (або аналогічне формулювання, іноді з конкретизацією про роз'яснювальну роботу та економічні навчання), **якщо не помітили і визначили переможцями учасників із такими недоліками у кваліфікаційній частині пропозиції:**

- довідка про наявність вимірювальної лабораторії не містить переліку спроможностей¹³⁵;
- не надано сканованого наказу про призначення (прийняття) та/або переведення (у разі такого) на роботу або сканованого трудового договору або сканованої цивільно-правової

133 Моніторинг UA-M-2023-04-18-000073 у закупівлі UA-2023-03-27-009171-а (Управління Південного офісу Держаудитслужби в Миколаївській області)

134 З метою релевантного порівняння для ілюстрації відібрані приклади, в яких порушення «правила 24 годин» було єдиним виявленим або основним.

135 Моніторинг UA-M-2023-05-19-000019 у закупівлі UA-2023-04-27-007648-а (Держаудитслужба)

- угоди на працівника, зазначеного в довідці¹³⁶;
- надано свідоцтво на реєстрацію транспортного засобу, бульдозера, власником якого є ТОВ «БК Домінант», проте договір оренди, що підтверджує учасником володіння на умовах тимчасового користування бульдозера, в складі пропозиції не надано¹³⁷;
- довідка не містить інформації щодо підстави використання праці зазначених у ній працівників, як це передбачено формою довідки (форма 2) у Додатку № 1 до тендерної документації Замовника¹³⁸ тощо.

Натомість у процедурі закупівлі поточного ремонту дороги по вулиці Піддубного в місті Нікополь Дніпропетровської області, оголошеній за ідентифікатором UA-2023-04-25-010466-а, ненадання учасником копії свідоцтва про реєстрацію спеціального напівпричеп-самоскида CARNEHL стало фатальним для можливості виконати договір. Так, Східний офіс Держаудитслужби за результатами моніторингу UA-M-2023-05-15-000068¹³⁹ встановив:

*«...У довідці № 15 від 27.04.2023 ФОП Нікітюк І. Є. зазначив **спеціальний напівпричеп-самоскид CARNEHL**, який орендується в ТОВ «АП-Магістраль». При цьому у складі тендерної пропозиції **у наданому договорі від 21.04.2023 № 2101/23 відсутній зазначений транспортний засіб**. Крім того, на транспортний засіб спеціальний вантажний сідловий тягач Renault **не надано копію свідоцтва про реєстрацію** транспортного засобу.*

Однак, на порушення пункту 40 Особливостей, Замовник не розмістив у строк, який не може бути меншим ніж два робочі дні до закінчення строку розгляду тендерних пропозицій, повідомлення з вимогою про усунення таких невідповідностей в електронній системі закупівель. На підставі абзацу 2 пункту 1 частини 1 статті 31 Закону № 922 тендерна пропозиція ФОП Нікітюк І. Є. підлягала відхиленню. Однак Замовником укладено договір з ФОП Нікітюк І. Є. на суму 3 млн 792 тис. 60 грн».

Необхідно зазначити, що інших порушень у процедурі закупівлі державні аудитори не виявили. Учасник був єдиним, хто взяв участь у тендері. Окрім спеціального напівпричеп-самоскида CARNEHL, щодо якого виявили відсутність документального підтвердження, учасник заявив та підтвердив залучення шести інших одиниць дорожньої техніки. На момент публікації висновку аудиторів договір вже майже місяць як був укладений.

Незважаючи на зазначене вище, Східний офіс Держаудитслужби зобов'язав замовника усунути порушення шляхом **припинення зобов'язань** за договором, уклавши додаткову угоду з дотриманням положень Господарського кодексу України і Цивільного кодексу України.

Отже, питання, що має робити замовник, якщо на стадії виконання договору виявилось, що у кваліфікаційній частині пропозиції переможця були недоліки, а він не надав 24 годин на їх усунення – різні офіси Держаудитслужби вирішують у різний спосіб. Практика з цього питання потребує уніфікації.

Ще одна проблема, пов'язана з невідповідностями у тендерних пропозиціях переможців – це **складність притягнення замовника до адміністративної відповідальності**, якщо він акцептував невідповідну пропозицію та не усунув порушення у встановлений у висновку спосіб. Ця проблема пов'язана зі змінами до закупівельного законодавства.

Так, згідно з частиною 11 статті 8 Закону України «Про публічні закупівлі», якщо замовник не усунув визначене у висновку порушення, що призвело до невиконання ним вимог, передбачених цим Законом, а також висновок не оскаржено до суду, орган державного фінансового контролю після закінчення строку на оскарження до суду, визначеного у частині десятій цієї статті, за результатами моніторингу *вчиняє дії щодо притягнення до адміністративної відповідальності за порушення законодавства у сфері публічних закупівель*.

Перелік порушень законодавства про закупівлі, за які можлива адміністративна відповідальність, міститься в статті 164–14 Кодексу України про адміністративні правопорушення (далі – Кодекс). До того, як у законодавстві з'явилося «правило 24 годин», визначення переможцем учасника, чия пропозиція містить невідповідності, кваліфікувалося просто: «невідхилення тендерних пропозицій, які підлягали відхиленню відповідно до Закону» (частина 3 статті 164–14 Кодексу).

136 Моніторинг UA-M-2023-05-19-000019 у закупівлі UA-2023-04-27-007648-а (Держаудитслужба)

137 Моніторинг UA-M-2023-03-28-000116 у закупівлі UA-2023-03-07-002322-а (Управління Західного офісу Держаудитслужби в Рівненській області)

138 Моніторинг UA-M-2023-05-09-000033 у закупівлі UA-2023-03-28-008755-а (Західний офіс Держаудитслужби)

139 Моніторинг UA-M-2023-05-15-000068 у закупівлі UA-2023-04-25-010466-а (Східний офіс Держаудитслужби)

Втім, із появою «правила 24 годин» та особливо з поширенням його дії на інші частини пропозиції, окрім кваліфікаційної та документів про підписанта, кваліфікація таких випадків ускладнилась. Адже якщо тендерна пропозиція переможця містила невідповідності, що підлягають виправленню протягом 24 годин, його тендерна пропозиція не підлягала відхиленню. Замість цього необхідно було усунути в ній невідповідності в порядку, передбаченому «правилом 24 годин» у редакції, яка була чинною на момент оголошення закупівлі. Тобто стверджувати, що замовник не відхилив тендерну пропозицію, яка підлягала відхиленню, стає некоректним для таких випадків. Натомість замовник не вжив належних заходів, щоб учасник виправив недоліки пропозиції, і щоби встановити остаточно, чи підлягає вона відхиленню.

Отже, в разі якщо замовник не усуне порушення в тих закупівлях, у яких державні аудитори виявили «неповноцінних» переможців, то можливість притягти замовника до відповідальності за «невідхилення тендерних пропозицій, які підлягали відхиленню відповідно до закону», опиняється під питанням.

У практиці моніторингу аудитори переважно кваліфікують такі порушення не за статтею 164–14 Кодексу, а як «інше порушення» (в електронній системі закупівель Prozorro існує така можливість). Наприклад, як «інше порушення» кваліфікували дії замовників, які визначали переможцями учасників, не надавши їм можливість виправити такі недоліки:

- сертифікат СЕ, викладений англійською мовою, без перекладу¹⁴⁰;
- технічні характеристики, відображені в сертифікаті якості та у поданій довідці, містять невідповідність у довжині, кубатурі повітря, комплектації наметів, які закуповуються¹⁴¹;
- недоліки кваліфікаційної частини, що ми їх згадували вище.

Виявляючи знову стала процедура закупівлі поточного ремонту дороги по вулиці Піддубного в місті Нікополь Дніпропетровської області, оголошена за ідентифікатором UA-2023-04-25-010466-a. Там у пропозиції переможця замовник не помітив відсутності копії свідоцтва про реєстрацію спеціального напівпричепа-самоскида CARNENL. В описі виявлених порушень тут фігурує «невідхилення», незважаючи на те, що недолік підлягав виправленню¹⁴².

Оскільки у статті 164–14 Кодексу не передбачено такого порушення, як «неспрямування вимоги про усунення невідповідностей у передбачених Законом випадках», державні аудитори вимушені відносити такі випадки до категорії «інших порушень». Це не дозволяє в майбутньому притягти замовника до відповідальності за статтею 164–14 Кодексу в разі неусунення порушення. Трапляються одиничні випадки кваліфікації порушення як «невідхилення», але такі висновки мають ризики судового оскарження.

2. Наступною категорією висновків є протилежна першій категорія – висновки, у яких встановлено, що замовник **не повинен був надавати 24 години** на усунення невідповідностей, проте замовник їх **надав усупереч** пункту 40 Особливостей.

Таких висновків виявлено **18**.

Ця категорія висновків також поділяється на дві підкатегорії:

- 2.1. Висновки за результатами моніторингу, у яких аудитори встановили, що **замість надання 24 годин** на усунення невідповідностей, замовник **повинен був відхилити** тендерну пропозицію. Тобто мова йде про випадки, коли, на думку аудиторів, невідповідність неможливо було усунути в порядку пункту 40 Особливостей, і замовник не повинен був надавати 24 години на їх усунення.

Кількість таких випадків – **16**.

Недоліки, які найчастіше фігурують у таких висновках – **на 100% технічна частина** тендерної пропозиції.

Спосіб усунення порушення – у **9 випадках припинення зобов'язань** за договором та/або його **розірвання**, у 4 випадках – спосіб усунення відсутній, оскільки замовник самостійно усунув порушення, в 1 випадку відхилення тендерної пропозиції, у 2 випадках – заходи, спрямовані на те, щоб не допустити аналогічні порушення в майбутньому (зумовлені тим, що замовник самостійно відхилив тендерну пропозицію учасника, яку мав відхилити, але після того, як той не виправив недоліки).

140 Моніторинг UA-M-2023-04-11-000067 у закупівлі UA-2023-03-15-002388-a (Управління Південного офісу Держаудитслужби в Миколаївській області)

141 Моніторинг UA-M-2023-05-30-000037 у закупівлі UA-2023-03-30-002705-a (Управління Західного офісу Держаудитслужби в Закарпатській області)

142 Моніторинг UA-M-2023-05-15-000068 у закупівлі UA-2023-04-25-010466-a (Східний офіс Держаудитслужби)

У цій підкатегорії випадків вибір способу, яким припустимо усунути порушення, є більш однорідним. Можна навести низку прикладів, коли помилкове надання 24 годин на те, щоб виправити технічну частину, призводило до зобов'язання замовника розірвати договір та/або припинити зобов'язання за ним. Це було помилкове виправлення недоліків, які полягали переважно у відсутності документів технічної частини пропозиції. Зокрема:

- не надано оригінали або завірені копії документів про якість сировини та комплектуючих (сертифікат якості та/або відповідності та/або технічний паспорт тощо)¹⁴³;
- не надано документального підтвердження, що учасник має право використовувати об'єкти права інтелектуальної власності (знаки для товарів та послуг), які мають місце на документах, що є засобом отримання нафтопродуктів (талони)¹⁴⁴;
- не надано сертифікат відповідності або сертифікат/паспорт якості від виробника, або декларацію про відповідність, або висновок державної санітарно-епідеміологічної служби на товар, або інший документ, передбачений законодавством¹⁴⁵;
- не надано гарантійні листи від виробника (уповноваженого представника, представництва, філії виробника, якщо їхні відповідні повноваження поширюються на територію України), якими підтверджується можливість здійснити поставку товару в необхідній кількості та в терміни, визначені тендерною документацією та пропозицією учасника, на позиції <...>¹⁴⁶;
- не надано протокол випробувань відповідності щебенево-піщаної суміші фракцією 0,05–70 мм (С5) вимогам ДСТУ¹⁴⁷;
- відсутність гарантійного листа від виробника (якщо учасник не є виробником товару) або його офіційного представника, дистриб'ютора, дилера в Україні (таке представництво повинно підтверджуватись копією відповідного листа, доручення, авторизації тощо від виробника), який підтверджує, що учасник може здійснити поставку запропонованого товару в необхідній кількості, якості та в потрібні терміни, визначені цією тендерною документацією та пропозицією учасника¹⁴⁸;
- у складі тендерної пропозиції містяться документи про якість товару не на «Бензин-розчинник НЕФРАС–С2–80/120, вищий ґатунку ТУ 38.401–67–108–92», як зазначено в тендерній пропозиції та тендерній специфікації учасника ТОВ «АВІА ОІЛ», а на «Розчинник Orlesol E70/120»¹⁴⁹;
- відсутні документи про технічні та якісні характеристики запропонованих товарів, що унеможливує встановлення відповідності цього товару медико-технічним вимогам до предмета закупівлі¹⁵⁰.

Також до цієї підкатегорії увійшов висновок моніторингу процедури закупівлі залізобетонних виробів¹⁵¹, у якій Замовник дозволив учаснику замінити наданий паспорт на залізобетонні вироби «Люк залізобетонний», оскільки він був «з геометричним розміром внутрішнього діаметру 600 мм, що **не відповідає технічним характеристикам предмета** закупівлі, визначеним Замовником у додатку 2 до тендерної документації, якими передбачено, що внутрішній діаметр люка залізобетонного повинен становити 660 мм».

Управління Північно-східного офісу Держаудитслужби в Сумській області дійшло висновку, що, розмістивши вимогу про усунення невідповідностей, замовник порушив пункт 40 Особливостей. Те, що учасник надав паспорт на залізобетонні вироби «Люк залізобетонний» з внутрішнім діаметром 600 мм, розтлумачено як ненадання учасником відповідного документа про «Люк залізобетонний» з внутрішнім діаметром 660 мм. А вимогу виправити невідповідності в цій частині – як вимогу надати документ, що був відсутній у складі пропозиції.

Управління Північно-східного офісу Держаудитслужби в Сумській області зобов'язало замовника здійснити заходи щодо розірвання укладеного за результатами торгів договору, дотримуючись положень

143	Моніторинг UA-M-2023-04-11-000013 у закупівлі UA-2023-03-21-010839-а (Держаудитслужба)
144	Моніторинг UA-M-2023-04-11-000092 у закупівлі UA-2023-03-17-011301-а (Північно-східний офіс Держаудитслужби)
145	Моніторинг UA-M-2023-03-27-000019 у закупівлі UA-2023-03-06-003526-а (Управління Північного офісу Держаудитслужби в Черкаській області)
146	Моніторинг UA-M-2023-04-10-000071 у закупівлі UA-2023-03-13-011869-а (Управління Північного офісу Держаудитслужби в Черкаській області)
147	Моніторинг UA-M-2023-05-29-000096 у закупівлі UA-2023-04-19-000578-а (Управління Північного офісу Держаудитслужби в Черкаській області)
148	Моніторинг UA-M-2023-05-19-000033 у закупівлі UA-2023-04-10-010394-а (Держаудитслужба)
149	Моніторинг UA-M-2023-05-30-000084 у закупівлі UA-2023-03-29-008368-а (Управління Західного офісу Держаудитслужби в Рівненській області)
150	Моніторинг UA-M-2023-03-28-000002 у закупівлі UA-2023-03-01-011805-а (Управління Північно-східного офісу Держаудитслужби в Сумській області)
151	Моніторинг UA-M-2023-04-24-000135 у закупівлі UA-2023-04-03-006233-а (Управління Північно-східного офісу Держаудитслужби в Сумській області)

Господарського кодексу України та Цивільного кодексу України, незважаючи на відсутність інших порушень¹⁵².

Розглядаючи цей випадок, виникає запитання, що саме необхідно вважати відсутністю документа у тендерній пропозиції. Зокрема, чи можна розцінювати надання документа з недоліками як відсутність документа без недоліків, який вимагали умови тендерної документації. І якщо так, то яким чином можливо виправити невідповідності в документах тендерної пропозиції у таких випадках.

Повертаючись до аналізу висновків моніторингу закупівель, у яких замовник замість відхилити тендерну пропозицію надав 24 години на те, щоб усунути недоліки, безпідставно, не можна оминати увагою **питання доцільності** заборони виправляти недоліки в певних випадках.

Так, переглянувши наведений вище перелік недоліків, які виправили учасники, можна припустити, що надання ними цих документів у порядку виправлення невідповідностей (а не у складі первинної тендерної пропозиції) не вплинуло на їхню здатність виконати договір про закупівлю. Наприклад, якщо учасники надали пізніше документи на підтвердження права використання об'єктів права інтелектуальної власності на талонах для отримання пального або листи від виробника, де підтверджується можливість поставки товару, але все ж надали такі документи і виконують договори про закупівлю.

Виникає питання також про те, чи доцільним є розірвання договору як спосіб усунення порушень процедури закупівлі в таких випадках. З однієї сторони, заборона на виправлення недоліків у частині відсутніх документів технічної частини тендерної пропозиції спонукає учасників надавати повний пакет документів одразу під час подачі на тендер. З іншої сторони, розірвання договору внаслідок того, що учасник із «запізненням» підтвердив право використовувати логотип на талонах на бензин, виглядає не зовсім пропорційним заходом.

- 2.2. Другою підкатегорією висновків серед тих, де замовник безпідставно надав 24 години на усунення невідповідностей, є протилежна: в цих випадках замість надати 24 години на те, щоб усунути невідповідності, замовник **повинен був визначити учасника переможцем одразу при розгляді пропозиції, не спрямовуючи таку вимогу.**

Кількість таких висновків – лише 2.

Недоліки, які фігурували у таких висновках, не належать ані до кваліфікаційної, ані до технічної частини пропозиції. В одному з них встановлено, що замовник вимагав інформацію про субпідрядника в закупівлі товару¹⁵³, в іншому – спрямував вимогу щодо усунення невідповідностей в інформації, яку, на думку аудиторів, не вимагав надати у складі пропозиції¹⁵⁴.

В обох випадках замовників зобов'язали вжити заходів, які направлені на те, щоб **надалі не допустити таких порушень**, зокрема шляхом притягнення до відповідальності осіб, які допустили порушення.

3. Висновки, в яких встановлено, що замовник припустився **інших порушень «правила 24 годин», які не пов'язані з віднесенням тих чи інших помилок до таких, що можна виправити.**

Усього таких висновків виявлено **16**. Серед порушень, які встановили державні аудитори у таких висновках, були наступні:

- 1) некоректне відображення норми про 24 години у тендерній документації – 9 випадків⁽¹⁵⁵⁾, і серед вибірки, яку досліджували, це можна вважати порушенням, яке виявляли часто. Така частота виявлення цього порушення може свідчити про те, що замовники не встигають адаптуватися

152 Моніторинг UA-M-2023-04-24-000135 у закупівлі UA-2023-04-03-006233-а (Управління Північно-східного офісу Держаудитслужби в Сумській області)

153 Моніторинг UA-M-2023-04-27-000021 у закупівлі UA-2023-03-03-002210-а (Північно-східний офіс Держаудитслужби)

154 Моніторинг UA-M-2023-05-08-000071 у закупівлі UA-2023-03-27-010328-а (Північно-східний офіс Держаудитслужби)

155 Моніторинги UA-M-2023-04-05-000050 у закупівлі UA-2023-03-09-010936-а (Управління Західного офісу Держаудитслужби в Чернівецькій області), UA-M-2023-05-03-000062 у закупівлі UA-2023-03-13-007982-а (Управління Західного офісу Держаудитслужби в Чернівецькій області), UA-M-2023-05-23-000017 у закупівлі UA-2023-03-14-005607-а (Управління Західного офісу Держаудитслужби в Тернопільській області), UA-M-2023-04-05-000049 у закупівлі UA-2023-02-28-004718-а (Управління Західного офісу Держаудитслужби в Чернівецькій області), UA-M-2023-03-22-000037 у закупівлі UA-2023-02-27-007863-а (Південний офіс Держаудитслужби), UA-M-2023-03-06-000030 у закупівлі UA-2023-03-06-004681-а (Східний офіс Держаудитслужби), UA-M-2023-03-14-000004 у закупівлі UA-2023-03-13-007596-а (Східний офіс Держаудитслужби), UA-M-2023-04-04-000104 у закупівлі UA-2023-03-08-004363-а (Південний офіс Держаудитслужби), UA-M-2023-04-04-000103 у закупівлі UA-2023-03-06-006837-а (Південний офіс Держаудитслужби)

- до змін у законодавстві у сфері публічних закупівель, а тому оголошують процедури закупівель на умовах, які вже не відповідають чинній редакції норм, зокрема і «правила 24 годин».
- 2) учасник не виправив невідповідності на вимогу, але був визначений переможцем процедури закупівлі – 3 випадки ¹⁵⁶.
 - 3) по 1–2 випадки виявлено закупівель, у яких моніторингами встановлено порушення строків оприлюднення вимоги¹⁵⁷, невідповідність самої вимоги про усунення невідповідності¹⁵⁸, повторно оприлюднена вимога про усунення невідповідностей¹⁵⁹.

В оцінці таких порушень державними аудиторами деінде можна спостерігати надмірний формалізм. Окрім того, заходи з усунення порушень не завжди пропорційні відносно значущості цих порушень.

ПРИКЛАД:

У процедурі закупівлі скрапленого нафтового газу, бензину та дизельного палива в талонах, оголошеній за ідентифікатором UA-2023-03-13-006754-а¹⁶⁰, виявили таке порушення:

«За результатами розгляду тендерних пропозицій встановлено, що Замовником, в порушення пункту 40 Особливостей, в електронній системі закупівель **розміщено повідомлення** з вимогою про усунення встановлених невідповідностей під час розгляду тендерних пропозицій **з недотриманням строків для розміщення такого повідомлення**, а саме, **у строк, який є меншим ніж два робочі дні** до закінчення строку розгляду тендерних пропозицій.

*Так, Замовником 11.04.2023 (на 4-й робочий день строку розгляду тендерних пропозицій) в електронній системі закупівель надано учаснику ТОВ «ГАРАНТ ОЙЛ ГРУПП» вимогу про усунення встановлених під час розгляду тендерної пропозиції невідповідностей, зокрема щодо надання фінансової звітності за 2021 рік, **тоді як до закінчення строку розгляду тендерної пропозиції, а саме – до 12.04.2023 (який є 5-м робочим днем строку розгляду тендерних пропозицій), залишилось менш ніж два робочі дні».***

Зауважимо, що оприлюднення вимоги про усунення невідповідностей із запізненням на 1 день – це було **єдине порушення** процедури, яке виявили аудитори в цьому моніторингу. На момент початку моніторингу договір про закупівлю **вже було укладено**. Цінова пропозиція учасника ТОВ «ГАРАНТ ОЙЛ ГРУПП» складала 298 тис. грн з ПДВ за очікуваної вартості 345 тис. грн.

Незважаючи на все викладене, Управління Східного офісу Держаудитслужби в Кіровоградській області зобов'язало замовника «здійснити заходи щодо усунення встановлених порушень вимог пункту 40 Особливостей шляхом **припинення зобов'язань за договором**, у тому числі із застосуванням відповідних наслідків недійсності договору».

На нашу думку, такий захід реагування на порушення такого типу є непропорційним. Замовник повідомив на сторінці процедури закупівлі, що оскаржує висновок у суді.

Таким чином, основне питання, яке розглядається аудитором під час перевірки процедури закупівлі на предмет дотримання «правила 24 годин» – це питання, чи мав замовник право та чи був зобов'язаний надавати 24 години для усунення невідповідностей певного виду (у певній частині пропозиції). Це питання розглядалось у 41 випадку. Ключовим спірним питанням за практикою 24 годин наразі є питання, чи є підстави у замовника надавати учаснику можливість виправити технічну частину пропозиції.

Інші порушення, не пов'язані з правом замовника надавати 24 години на усунення невідповідностей, розглядались у 16 випадках.

Процесуальні аспекти, як-от дотримання строків розміщення повідомлення про усунення невідповідностей, відповідність тендерної документації оновленій редакції Особливостей, також є предметом розгляду, але значно рідше.

156 Моніторинги UA-M-2023-04-10-000003 у закупівлі UA-2023-03-02-011054-а (Держаудитслужба), UA-M-2023-04-10-000005 у закупівлі UA-2023-03-02-011758-а (Держаудитслужба), UA-M-2023-05-08-000146 у закупівлі / UA-2023-04-12-010853-а (Управління Північного офісу Держаудитслужби в Житомирській області)

157 Моніторинг UA-M-2023-04-11-000102 у закупівлі UA-2023-03-28-003545-а (Південний офіс Держаудитслужби), UA-M-2023-05-03-000011 у закупівлі UA-2023-03-13-006754-а (Управління Східного офісу Держаудитслужби в Кіровоградській області)

158 Моніторинг UA-M-2023-04-18-000039 у закупівлі UA-2023-03-10-002596-а (Північно-східний офіс Держаудитслужби)

159 Моніторинг UA-M-2023-04-10-000025 у закупівлі UA-2023-03-15-001011-а (Держаудитслужба)

160 Моніторинг UA-M-2023-05-03-000011 у закупівлі UA-2023-03-13-006754-а (Управління Східного офісу Держаудитслужби в Кіровоградській області)

Найсуттєвішими проблемами практики, що була розглянута, є проблема вибору способу усунення порушення залежно від його ваги та стадії закупівлі, суперечливість підходів до усунення одних і тих самих порушень, неналежність порушення «правила 24 годин» до порушень, прямо передбачених статтею 164–14 Кодексу.

— Практика правової оцінки аудиторами можливості виправлення невідповідностей у різних частинах тендерної пропозиції

Розглянемо детальніше, в яких частинах тендерної пропозиції аудитори вважають за можливе усунути невідповідності, в яких – ні, та з яких причин.

Нагадаємо, що кожна тендерна пропозиція умовно поділяється на кілька частин за своїм змістом:

- кваліфікаційна частина (документи, які підтверджують відповідність учасника кваліфікаційним критеріям, встановленим замовником – наявність матеріально-технічної бази та технологій, працівників, досвіду виконання аналогічного договору, фінансової спроможності);
- технічна частина (документи, які підтверджують відповідність предмета закупівлі технічним, якісним, кількісним характеристикам, встановленим замовником);
- документи, що підтверджують повноваження підписанта тендерної пропозиції та договору (наказ про призначення, доручення, протокол тощо);
- документи, які підтверджують відсутність підстав для відмови в участі у процедурі закупівлі (з розвитком електронних полів системи ця частина зводиться до мінімального обсягу);
- забезпечення тендерної пропозиції, якщо замовник вимагав його в тендерній документації (зазвичай це банківська гарантія із супровідними документами – ліцензією, підтвердженням повноважень працівника банку, рідше – з супровідними листами банку);
- інші документи тендерної пропозиції – як-от згода на обробку персональних даних, статут, цінова пропозиція та розрахунки до неї, згода з умовами проекту договору про закупівлю і все інше, що не увійшло до попередніх частин (у разі ненадання таких документів замовник зазвичай визнає учасника таким, що не відповідає встановленим абзацом 1 частини 3 статті 22 Закону вимогам до учасника відповідно до законодавства).

У цьому розділі ми розглянемо практику аудиторських моніторингів у закупівлях досліджуваного періоду щодо виправлення невідповідностей у різних частинах тендерних пропозицій: які недоліки можливо виправити, які ні, і чим це обумовлено.

1. Кваліфікаційна частина.

Кваліфікаційна частина тендерної пропозиції є найпростішою з точки зору виправлення за «правилом 24 годин». Можливість усунути невідповідності в ній з'явилась ще у квітні 2020 року, виключень не передбачено, а тому практика є однорідною: виправляти документи та інформацію у кваліфікаційній частині дозволено. Висновків моніторингів про це питання відносно мало (7 випадків), оскільки замовники також мають стале розуміння цієї норми.

Прикладами недоліків, які можна усунути, відповідно до практики державних аудиторів, можуть стати такі:

- ненадання інформації та підтверджуючих документів щодо наявності ліцензійного програмного забезпечення, щодо виконання аналогічного договору¹⁶¹;
- відсутність оригіналів листів-відгуків до аналогічних договорів, які повинні містити інформацію про номер та дату укладеного договору, якість поставленого товару, своєчасність виконання зобов'язань постачальника, відсутність зауважень, ПІБ, посаду та робочий телефон особи, яка підписала відгук¹⁶²;
- ненадання документів, які підтверджують право власності на автомобілі Opel Vivaro та Citroën Berlingo¹⁶³.

161 Моніторинг UA-M-2023-04-18-000023 у закупівлі UA-2023-03-31-006813-а (Південний офіс Держаудитслужби)

162 Моніторинг UA-M-2023-04-05-000044 у закупівлі UA-2023-03-14-008063-а (Управління Східного офісу Держаудитслужби в Кіровоградській області)

163 Моніторинг UA-M-2023-05-05-000041 у закупівлі UA-2023-03-30-008424-а (Держаудитслужба)

У всіх трьох випадках замовник відхилив тендерні пропозиції учасників, не надавши їм можливість виправити зазначені недоліки. У таких випадках, навіть за відсутності інших порушень, замовників зобов'язують усунути порушення шляхом припинення зобов'язань за договором з іншим учасником, чия пропозицію прийняли після відхилення попередньої.

Також невідповідностями, які можливо та потрібно було виправити, визнали:

- відсутність переліку спроможностей у довідці про наявність вимірювальної лабораторії¹⁶⁴;
- відсутність договору оренди, який би підтвердив володіння на умовах тимчасового користування бульдозером, щодо якого надано свідоцтво на реєстрацію транспортного засобу¹⁶⁵;
- відсутність інформації щодо підстави використання праці працівників, заявлених у довідці, як це передбачено формою¹⁶⁶;
- відсутність копії свідоцтва про реєстрацію транспортного засобу¹⁶⁷.

Способом усунення порушення, якщо учасника з такими недоліками в тендерній пропозиції визнали переможцем, переважно є недопущення в майбутньому аналогічних порушень (окрім окремих випадків¹⁶⁸). Тобто фактично реалізація повноважень контролю в даному випадку набуває форми рекомендацій, роз'яснювальної роботи, яка покликана скоригувати закупівельну діяльність замовника.

Підсумовуючи, можна констатувати, що закон та практика дозволяє та вимагає надання 24 годин на усунення невідповідностей у:

- інформації та документах **про наявність працівників у учасника** (підстави використання праці, накази про призначення, трудові договори, трудові книжки, особисті медичні книжки тощо);
- інформації та документах **про наявність матеріально-технічної бази та технологій** (документи про наявність транспортних засобів, приміщень, про підстави їхнього використання, наявність ліцензійного програмного забезпечення, вимірювальних лабораторій та її спроможності тощо);
- інформації та документах **про наявність досвіду виконання аналогічного договору** (копії договорів, додатки та додаткові угоди до них, листи-відгуки від контрагентів, видаткові накладні, акти прийому-передачі);
- інформації та документах **про фінансову спроможність учасника**, яка підтверджується фінансовою звітністю.

2. Технічна частина.

На противагу кваліфікаційній частині пропозиції, коли йдеться про технічну, навпаки, найскладніше ухвалювати правильне рішення щодо можливості її виправити. Річ у тім, що можливість усунути невідповідності в технічній частині з'явилася лише у жовтні 2022 року, норма зазнавала правок, а тому серед замовників немає єдиного підходу до її застосування.

Питання, чи мав право замовник надавати 24 години на виправлення інформації та документів про предмет закупівлі, стало предметом правової оцінки у **27 моніторингах процедур закупівель**, які були оголошені протягом досліджуваного періоду. Це більше, ніж у кваліфікаційній частині та інших документах разом узятих.

Ймовірно, це зумовлено різними тлумаченнями «правила 24 годин» для технічної частини тендерної пропозиції. Так, згідно з пунктом 43 Особливостей, під **невідповідністю** в інформації та/або документах, що подані учасником процедури закупівлі у складі тендерної пропозиції та/або подання яких вимагається тендерною документацією, розуміється в тому числі відсутність у складі тендерної пропозиції інформації та/або документів, подання яких передбачається тендерною документацією (**крім випадків** відсутності забезпечення тендерної пропозиції, якщо таке забезпечення вимагалось замовником, **та/або відсутності інформації (та/або документів) про технічні та якісні характеристики предмета закупівлі**, що пропонується учасником процедури в його тендерній пропозиції). **Невідповідністю в інформації та/або документах, які надаються учасником процедури закупівлі на виконання вимог технічної специфікації до предмета закупівлі**, вважаються помилки, виправлення яких **не призводить до зміни предмета закупівлі**, запропонованого учасником процедури закупівлі у складі його тендерної пропозиції, найменування товару, марки, моделі тощо.

164 Моніторинг UA-M-2023-05-19-000019 у закупівлі UA-2023-04-27-007648-а (Держаудитслужба)

165 Моніторинг UA-M-2023-03-28-000116 у закупівлі UA-2023-03-07-002322-а (Управління Західного офісу Держаудитслужби в Рівненській області)

166 Моніторинг UA-M-2023-05-09-000033 у закупівлі UA-2023-03-28-008755-а (Західний офіс Держаудитслужби)

167 Моніторинг UA-M-2023-05-15-000068 у закупівлі UA-2023-04-25-010466-а (Східний офіс Держаудитслужби)

168 Моніторинг UA-M-2023-05-15-000068 у закупівлі UA-2023-04-25-010466-а (Східний офіс Держаудитслужби)

Виходячи зі змісту норми, усувати невідповідності в технічній частині пропозиції **неможливо, якщо це призводить до зміни** запропонованого предмета закупівлі, а також якщо **відсутня інформація (та/ або документ)** про технічні та якісні характеристики предмета закупівлі.

Це породжує низку питань у ситуаціях, які виникають на практиці: що вважати зміною предмета закупівлі (зокрема, чи є зміною предмета закупівлі виправлення його характеристик);

- які документи належать до документів про технічні та якісні характеристики предмета закупівлі, а які – ні (наприклад, сертифікат якості на фарбу, за допомогою якої будуть надаватися послуги з фарбування, листи виробника про технічну підтримку товару тощо);
- що вважати відсутністю документа про технічні та якісні характеристики (зокрема, якщо у пропозиції наявний документ з невірними характеристиками, то чи означає це відсутність документа з необхідними характеристиками).

Розберемо підходи до розгляду типових складових технічної частини пропозиції.

2.1. Документи про якість та відповідність: сертифікати якості, паспорти якості, сертифікати відповідності, протоколи випробувань.

За практикою моніторинрів, державні аудитори визнають законним виправлення невідповідностей у цих документах за умови, що це **не призведе до зміни предмета закупівлі**.

ПРИКЛАД 1:

Управління Східного офісу Держаудитслужби в Кіровоградській області провело моніторинг процедури закупівлі послуг з відновлення або нанесення нової дорожньої розмітки, оголошеної за ідентифікатором UA-2023-03-31-007233-а¹⁶⁹. Державні аудитори встановили, що підставою відхилення найдешевшої пропозиції стало те, що **«наданий учасником *сертифікат відповідності на фарбу* <...> скасований, а тому учасником не надано жодного чинного документу для підтвердження якості матеріалів, чим не дотримано вимоги підпункту 3.1 пункту 3 додатка 3 «Технічні, якісні та кількісні характеристики предмета закупівлі» тендерної документації»**.

Аудитори дійшли висновку, що замовник повинен був надати 24 години на виправлення цього недоліку: **оскільки виправлення вказаної невідповідності (помилки) в наданому учасником ТОВ «Фоксроад» сертифікаті відповідності фарби для нанесення горизонтальної дорожньої розмітки, який засвідчує відповідність фарби вимогам нормативних документів, не призведе до зміни предмета закупівлі, Замовник повинен розмістити у строк, який не може бути меншим ніж два робочі дні до закінчення строку розгляду тендерної пропозиції, повідомлення з вимогою про усунення вказаної невідповідності в електронній системі закупівель. Натомість Замовником *неправомірно відхилено* тендерну пропозицію учасника ТОВ «Фоксроад» як таку, що не відповідає умовам технічної специфікації та іншим вимогам щодо предмета закупівлі тендерної документації на підставі підпункту 2 пункту 41 Особливостей»**.

При цьому не була застосована заборона, за якою неможливо виправляти відсутність документа про технічні та якісні характеристики предмета закупівлі.

ПРИКЛАД 2:

Управління Західного офісу Держаудитслужби в Закарпатській області провело моніторинг процедури закупівлі наметів, оголошеної за ідентифікатором UA-2023-03-30-002705-а¹⁷⁰. Державні аудитори виявили, що у тендерній пропозиції переможця процедури **«подано документи, в яких наявні невідповідності щодо технічних характеристик предмета закупівлі намет УСБ-56 (лот-2). Так, довідка <...> містить інформацію, що документом для підтвердження якості та відповідності предмета закупівлі є *сертифікат якості*. Проте *технічні характеристики, які відображені в сертифікаті якості* <...> та у поданій довідці <...>, містять невідповідність в довжині, кубатурі повітря, відсутні підрамники – 12 шт, відсутні навісні стінки утеплення 10,2 м – 2 шт тощо, наметів, які Замовником закуповуються»**.

За висновком аудиторів, у цьому випадку замовник повинен був спрямувати до учасника вимогу про усунення невідповідностей. Висновок не містить детальної аргументації.

169 Моніторинг UA-M-2023-05-03-000010 у закупівлі UA-2023-03-31-007233-а (Управління Східного офісу Держаудитслужби в Кіровоградській області)

170 Моніторинг UA-M-2023-05-30-000037 у закупівлі UA-2023-03-30-002705-а (Управління Західного офісу Держаудитслужби в Закарпатській області)

В іншій закупівлі Управління Південного офісу Держаудитслужби в Миколаївській області зазначило¹⁷¹, що замовник мав надати 24 години на виправлення наданого сертифікату СЕ, викладеного англійською мовою (файл «Сертифікат і PL.pdf») без перекладу.

Таким чином, існує практика, за якою виправленню підлягають сертифікати з невірними технічними характеристиками, ознаками скасування, викладені не українською мовою. Разом із тим, практика містить низку протилежних випадків, коли виправляти технічну частину пропозиції в частині сертифікатів **не вважали дозволеним**.

Передусім це стосується **повної відсутності документа** у складі тендерної пропозиції, зокрема:

- не надано сертифікати якості та/або сертифікати відповідності та/або декларація про відповідність або інші документи, передбачені чинним законодавством¹⁷²;
- не надано оригінали або завірені копії документів про якість сировини та комплектуючих (сертифікат якості та/або відповідності та/або технічний паспорт тощо)¹⁷³;
- сертифікат відповідності або сертифікат/паспорт якості від виробника, або декларація про відповідність, або висновок державної санітарно-епідеміологічної служби на товар, або інший документ, передбачений законодавством – були відсутні в тендерній пропозиції¹⁷⁴;
- не надано документи, що підтверджують відповідність продукції технічним та якісним характеристикам предмета закупівлі, а саме: технічний паспорт на літол та рідину гальмівну¹⁷⁵;
- замовник розмістив повідомлення з вимогою про усунення невідповідностей щодо **протоколу** випробувань відповідності ЩПС фр. 0,05–70 мм (С5) вимогам ДСТУ, який був відсутній у тендерній пропозиції¹⁷⁶;
- відсутній сертифікат якості від виробника з перекладом, експлуатаційна книга¹⁷⁷.

Саме **поняття відсутності документа**, втім, іноді тлумачиться державними аудиторами доволі широко.

ПРИКЛАД 3:

Управління Північно-східного офісу Держаудитслужби в Сумській області, зокрема, дійшло висновку про відсутність документа у наступній ситуації. У процедурі закупівлі залізобетонних виробів¹⁷⁸ «у складі тендерної пропозиції учасника ТОВ «ГРАНД ІНДАСТРІАЛ ГРУП» **надано паспорт** на залізобетонні виробу «Люк залізобетонний» від 27.10.2020 з геометричним розміром внутрішнього діаметру 600 мм, що не відповідає технічним характеристикам предмета закупівлі, визначеним Замовником у додатку 2 до тендерної документації, якими передбачено, що внутрішній діаметр люка залізобетонного повинен становити 660 мм.

При цьому **документів про якість/відповідність на люк залізобетонний із внутрішнім діаметром 660 мм** у складі тендерної пропозиції ТОВ «ГРАНД ІНДАСТРІАЛ ГРУП» не надано».

Тобто надання паспорта виробу з невідповідними характеристиками було розтлумачено як ненадання паспорта з тими характеристиками, що вимагались, тобто як відсутність документа.

ПРИКЛАД 4:

Межує між відсутністю документа та ймовірною зміною предмета закупівлі при виправленні ситуація, в якій «у складі тендерної пропозиції учасника ТОВ «АВІА ОІЛ» містяться документи **про якість товару не на «Бензин-розчинник НЕФРАС-С2-80/120, вищий ґатунок ТУ 38.401-67-108-92»**, як зазначено

-
- 171 Моніторинг UA-M-2023-04-11-000067 у закупівлі UA-2023-03-15-002388-а (Управління Південного офісу Держаудитслужби в Миколаївській області)
 - 172 Моніторинг UA-M-2023-03-28-000107 у закупівлі UA-2023-03-06-010221-а (Управління Західного офісу Держаудитслужби в Рівненській області)
 - 173 Моніторинг UA-M-2023-04-11-000013 у закупівлі UA-2023-03-21-010839-а (Держаудитслужба)
 - 174 Моніторинг UA-M-2023-03-27-000019 у закупівлі UA-2023-03-06-003526-а (Управління Північного офісу Держаудитслужби в Черкаській області)
 - 175 Моніторинг UA-M-2023-04-10-000078 у закупівлі UA-2023-03-17-002547-а (Південний офіс Держаудитслужби)
 - 176 Моніторинг UA-M-2023-05-29-000096 у закупівлі UA-2023-04-19-000578-а (Управління Північного офісу Держаудитслужби в Черкаській області)
 - 177 Моніторинг UA-M-2023-04-18-000025 у закупівлі UA-2023-03-28-010001-а (Південний офіс Держаудитслужби)
 - 178 Моніторинг UA-M-2023-04-24-000135 у закупівлі UA-2023-04-03-006233-а (Управління Північно-східного офісу Держаудитслужби в Сумській області)

в Тендерній пропозиції та Тендерній специфікації учасника ТОВ «АВІА ОІЛ», а на розчинник Orlesol E70/120»¹⁷⁹.

Управління Західного офісу Держаудитслужби в Рівненській області дійшло висновку про неможливість виправлення документів у такій ситуації.

Отже, практика правової оцінки виправлення недоліків у документах про якість та відповідність товару є подекуди суперечливою. Зокрема, це стосується можливості замінити документ, у якому вказано невірні характеристики предмета. В одних випадках¹⁸⁰ виправлення вбачається допустимим, в інших¹⁸¹ – розцінюється як виправлення відсутнього документа.

2.2. Договірна ціна, цінова пропозиція, розрахунки.

Цю групу випадків ми розглядаємо серед документів технічної частини пропозиції, оскільки в разі відхилення пропозиції через недоліки цінових документів замовники найчастіше посилаються саме на невідповідність вимогам технічної специфікації.

У більшості випадків державні аудитори визнають за можливе виправити недоліки в ціновій частині пропозиції. Насамперед це стосується таких недоліків:

- договірну ціну визначили як динамічну замість твердої¹⁸² – і навпаки, твердою замість динамічної¹⁸³;
- невключення до складу договірної ціни коштів на певні витрати, зокрема: **кошти** на покриття додаткових витрат, пов'язаних з інфляційними процесами, призначені на відшкодування збільшення вартості трудових та матеріально-технічних ресурсів, спричинене інфляцією, яка може відбутися протягом будівництва¹⁸⁴;
- ненадання в складі тендерної пропозиції підтверджуючих розрахунків на заробітну плату та інфляційні витрати¹⁸⁵;
- застосування невірних кошторисних норм¹⁸⁶ або коефіцієнтів¹⁸⁷;
- **кошторисна документація** не відповідає вимогам технічного завдання¹⁸⁸.

Основний аргумент на користь того, що цінову частину можливо і потрібно виправляти – навіть якщо вимоги до договірної ціни встановлені в технічній специфікації – її зміна **не призводить до зміни предмета** закупівлі (принаймні в розглянутих випадках).

ПРИКЛАД 1:

Наприклад, у висновку моніторингу UA-M-2023-05-18-000006 Управління Східного офісу Держаудитслужби в Запорізькій області виявило, що замовник не надав учаснику можливість виправити такий недолік: «Учасник використовує ресурсну елементну кошторисну норму (РЕКН) КР18-20-4 «Знімання асфальтобетонних покриттів доріг за допомогою машин для холодного фрезерування асфальтобетонних покриттів окремими місцями площею до 10 м² шириною фрезерування 500 мм та глибиною фрезерування 50 мм», яка не відповідає технічним вимогам тендерної документації, а також призводить до завищення вартості прямих витрат, що в свою чергу збільшує вартість надання послуг».

Аргументуючи можливість виправлення цього недоліку, державні аудитори виклали таку позицію: «зазначена невідповідність **не відноситься до відсутності інформації** (та/або документів) про технічні та якісні характеристики предмета закупівлі. **Не застосування понижуючого коефіцієнту відноситься до цінової складової тендерної пропозиції та не впливає на технічні та якісні характеристики поточного ремонту**

179	Моніторинг UA-M-2023-05-30-000084 у закупівлі UA-2023-03-29-008368-а (Управління Західного офісу Держаудитслужби в Рівненській області)
180	Моніторинг UA-M-2023-05-30-000037 у закупівлі UA-2023-03-30-002705-а (Управління Західного офісу Держаудитслужби в Закарпатській області)
181	Моніторинг UA-M-2023-04-24-000135 у закупівлі UA-2023-04-03-006233-а (Управління Північно-східного офісу Держаудитслужби в Сумській області)
182	Моніторинг UA-M-2023-04-24-000065 у закупівлі UA-2023-04-06-010067-а (Північний офіс Держаудитслужби)
183	Моніторинг UA-M-2023-05-02-000005 у закупівлі UA-2023-03-28-011541-а (Північний офіс Держаудитслужби)
184	Моніторинг UA-M-2023-04-24-000065 у закупівлі UA-2023-04-06-010067-а (Північний офіс Держаудитслужби)
185	Моніторинг UA-M-2023-04-24-000065 у закупівлі UA-2023-04-06-010067-а (Північний офіс Держаудитслужби)
186	Моніторинг UA-M-2023-05-18-000006 у закупівлі UA-2023-03-24-000544-а (Управління Східного офісу Держаудитслужби в Запорізькій області)
187	Моніторинг UA-M-2023-04-24-000087 у закупівлі UA-2023-03-27-004826-а (Північний офіс Держаудитслужби)
188	Моніторинг UA-M-2023-04-11-000031у закупівлі UA-2023-03-06-007995-а (Північний офіс Держаудитслужби)

внутріквартальних доріг житлових мікрорайонів міста, коригування помилково зазначених розцінок та не застосування коефіцієнтів **не призводить до зміни предмета** закупівлі, запропонованого учасником процедури закупівлі»¹⁸⁹.

Схожих висновків дійшов Північний офіс Держаудитслужби за результатами моніторингу UA-M-2023-04-24-000087. У цій закупівлі пропозицію учасника відхилили через те, що по-перше, він надав **«договірну ціну, до якої не включено розрахунковий коефіцієнт інфляції $K=1,028$ (врахований загальний термін будівництва), до сумарних витрат, які пов'язані з інфляційними процесами при виконанні робіт, що є невідповідністю умовам технічної специфікації та іншим вимогам до предмета закупівлі»**; по-друге – **«надано *itd* файл на суму 9 млн 592 тис. 613 грн 32 коп., що не відповідає вартості договірної ціни, наданої Учасником, сума якої становить 9 млн 543 тис. 990 грн 40 коп., що є невідповідністю умовам технічної специфікації та іншим вимогам щодо предмета закупівлі тендерної документації»**¹⁹⁰.

Визнаючи відхилення пропозиції в цьому випадку незаконним, аудитори визнавали ці помилки такими, що не призводять до зміни предмета закупівлі.

Негативне рішення щодо виправлення цінової частини виявлено лише одне¹⁹¹. Йдеться про випадок, коли учасником взагалі не надано договірної ціни, кошторису (калькуляції) на виконання послуг із додатками. У цьому разі вони вимагались у тендерній документації як документи на підтвердження відповідності тендерної пропозиції учасника технічним, якісним, кількісним та іншим вимогам до предмета закупівлі.

Підсумовуючи, правову оцінку можливості виправити цінову частину пропозиції можна вважати відносно однорідною (у більшості випадків її можливо виправити), однак можливо виокремити такі спірні питання: чи є договірною ціною документом про технічні та якісні характеристики предмета закупівлі (або ж це залежить від місця розташування вимоги про надання договірної ціни в тендерній документації); чи є окремі розрахунки договірної ціни окремими документами (наприклад, чи можливо було кваліфікувати ненадання у складі тендерної пропозиції підтверджуючих розрахунків на заробітну плату та інфляційні витрати¹⁹² як відсутність документа).

2.3. Дозвільні документи, ліцензії, договори з третіми особами, документи від виробника.

У технічних специфікаціях процедур закупівель замовники часто вимагають документи, які не стосуються безпосередньо предмета закупівлі, але містять інформацію про передумови надання послуг або виконання робіт учасником (дозволи, ліцензії), підтверджують акредитацію учасника від виробника або офіційного дистриб'ютора та можливість поставки, містять інформацію про окремі аспекти (стадії) виконання робіт (договір про вивезення відходів), підтверджують право на використання об'єктів інтелектуальної власності під час надання послуг або виконання робіт (ліцензія) тощо.

У практиці моніторингів виявлено кілька випадків, коли предметом розгляду було надання 24 годин на виправлення невідповідностей у цій частині.

Єдиним позитивним висновком щодо можливості виправити недоліки в таких документах став висновок моніторингу Північного офісу Держаудитслужби у процедурі закупівлі капітального ремонту школи із заміною покриття даху¹⁹³. У цій процедурі замовник відхилив тендерну пропозицію учасника через такі підстави:

- **договір на транспортування відходів** не відповідає вимогам тендерної документації;
- **відсутня ліцензія** на провадження господарської діяльності з надання послуг і виконання робіт протипожежного призначення;
- кошторисна документація не відповідає вимогам технічного завдання, встановленого замовником.

Північний офіс Держаудитслужби дійшов висновку, що виправлення цих невідповідностей **не призвело би до зміни предмета закупівлі, запропонованого учасником процедури закупівлі** у складі його тендерної пропозиції, найменування товару, марки, моделі. А тому, не надавши 24 години на виправлення невідповідності, замовник порушив пункт 40 Особливостей. Наразі цей висновок оскаржується в суді.

189 Моніторинг UA-M-2023-05-18-000006 у закупівлі UA-2023-03-24-000544-а (Управління Східного офісу Держаудитслужби в Запорізькій області)

190 Моніторинг UA-M-2023-04-24-000087 у закупівлі UA-2023-03-27-004826-а (Північний офіс Держаудитслужби)

191 Моніторинг UA-M-2023-04-03-000055 у закупівлі UA-2023-03-18-000340-а (Управління Західного офісу Держаудитслужби в Закарпатській області)

192 Моніторинг UA-M-2023-04-24-000065 у закупівлі UA-2023-04-06-010067-а (Північний офіс Держаудитслужби)

193 Моніторинг UA-M-2023-04-11-000031 у закупівлі UA-2023-03-06-007995-а (Північний офіс Держаудитслужби)

В інших випадках державні аудитори зайняли протилежну позицію. Так, у процедурі закупівлі асфальтобетонної суміші¹⁹⁴ замовник звернувся до учасника з вимогою **надати дозвіл** уповноваженого органу на виконання зливу, очистки резервуарів, тари та інших ємностей з-під нафтопродуктів, який був відсутній у складі тендерної пропозиції учасника.

Управління Північного офісу Держаудитслужби в Черкаській області розцінило, що замовник надав 24 години на те, щоб подати відсутній документ про технічні та якісні характеристики предмета закупівлі, що є порушенням пункту 40 Особливостей.

Таким чином, можливість довантажити відсутні документи фактично залежить від того, чи належить документ до документів «про технічні та якісні характеристики предмета закупівлі».

Державні аудитори дійшли висновку про **неможливість виправити такі невідповідності, як:**

- відсутність документального підтвердження того, що Учасник має право використовувати об'єкти права інтелектуальної власності (знаки для товарів та послуг), які мають місце на документах, що є засобом отримання нафтопродуктів (талони)¹⁹⁵;
- відсутність гарантійних листів від виробника (уповноваженого представника, представництва, філії виробника, якщо їхні відповідні повноваження поширюються на територію України), якими підтверджується можливість поставки товару в необхідній кількості та в терміни, визначені тендерною документацією та пропозицією учасника, на позиції <...>¹⁹⁶¹⁹⁷;
- загалом відсутні документи про технічні та якісні характеристики предмета закупівлі¹⁹⁸¹⁹⁹;

Вирішальною стала саме відсутність документів та віднесення їх до документів «про технічні та якісні характеристики предмета закупівлі».

2.4. Листи учасника в довільній формі, згоди, гарантійні листи

До виправлення документів, створених учасником власноруч для участі у конкретній процедурі закупівлі, практика виявилась більш прихильною. У більшості випадків державні аудитори вважали законним виправлення невідповідностей у таких документах, а іноді – навіть довантаження їх протягом 24 годин.

ПРИКЛАД 1:

У процедурі закупівлі послуг з розробки проєктів землеустрою²⁰⁰ учасник не надав **листа-згоди (в довільній формі) з вимогами до предмета закупівлі** відповідно до Додатку 3 до тендерної документації заповненого проєкту договору.

Мотивуючи необхідність надати 24 години, щоб усунути цей недолік, у висновку моніторингу UA-M-2023-04-18-000023 Південний офіс Держаудитслужби зазначив, зокрема, таке: **«учасникам, при підготовці зазначеного Листа-згоди Замовником не надано можливості вносити будь-які зміни до опису предмета закупівлі, його технічних та якісних характеристик. Отже, зазначений Лист-згода жодним чином не може призвести до зміни предмета закупівлі, запропонованого учасником процедури закупівлі у складі його тендерної пропозиції, найменування товару, марки, моделі тощо».**

Ба більше, державні аудитори виявили, що додаток 3 (технічна специфікація) продубльований у проєкті договору, який учасник надав завізованим у складі тендерної пропозиції. А також учасник повідомив про згоду з усіма умовами тендерної документації у файлі з тендерною пропозицією. «Зважаючи на зазначене, учасником ТОВ «ЮРИСТЕК ГРУП» фактично надано згоду з вимогами до предмета закупівлі відповідно до Додатку», – зазначено у висновку.

194	Моніторинг UA-M-2023-05-29-000101 у закупівлі UA-2023-05-03-001817-а (Управління Північного офісу Держаудитслужби в Черкаській області)
195	Моніторинг UA-M-2023-04-11-000092 у закупівлі UA-2023-03-17-011301-а (Північно-східний офіс Держаудитслужби)
196	Моніторинг UA-M-2023-04-10-000071 у закупівлі UA-2023-03-13-011869-а (Управління Північного офісу Держаудитслужби в Черкаській області)
197	Моніторинг UA-M-2023-05-19-000033 у закупівлі UA-2023-04-10-010394-а (Держаудитслужба)
198	Моніторинг UA-M-2023-04-10-000066 у закупівлі UA-2023-03-24-010186-а (Управління Північного офісу Держаудитслужби в Черкаській області)
199	Моніторинг UA-M-2023-03-28-000002 у закупівлі UA-2023-03-01-011805-а (Управління Північно-східного офісу Держаудитслужби в Сумській області)
200	Моніторинг UA-M-2023-04-18-000023 у закупівлі UA-2023-03-31-006813-а (Південний офіс Держаудитслужби)

Аналізуючи цей висновок, можна помітити, що межі між невідповідностями, які **можна виправити**, та формальними помилками, які **не потребують** виправлення, на практиці іноді розмиваються, і це також є однією з проблем застосування «правила 24 годин».

Ілюструвати протиріччя в поглядах на можливість виправлення недоліків документів технічної частини, підготовлених учасником, можуть наступні два приклади.

ПРИКЛАД 2:

У процедурі закупівлі конструкційних матеріалів²⁰¹ учасник припустився низки помилок:

- не надав документ, який підтверджує, що запропонований товар не є товаром, що походить з Російської Федерації / Республіки Білорусь;
- не надав **гарантійний лист із підтвердженням поставки товару** відповідно до технічних характеристик зазначених у Додатку № 3 (із зазначенням усіх показників)²⁰².

Замовник вважав, що не має права надавати учаснику можливість виправити невідповідності, оскільки вони стосуються вимог технічної специфікації.

Держаудитслужба виявила, що у складі пропозиції учасника надано гарантійний лист щодо підтвердження поставки товару відповідно до технічних характеристик, але у графі «відповідність (ТАК/НІ)» не зазначено інформацію. Така інформація – якщо виправити цей недолік – на думку аудиторів, не призводить до зміни предмета закупівлі та підпадає під невідповідності, визначені пунктом 40 Особливостей²⁰³.

Щодо можливості додатково надати решту з листів, яких бракувало в тендерній пропозиції учасника, висновок моніторингу не містив окремої позиції та аргументів – лише щодо згаданого вище листа. Але в підсумку аудитори визнали відхилення пропозиції безпідставним та зазначили, що замовник мав надати 24 годин на виправлення невідповідностей.

ПРИКЛАД 3:

Протилежного висновку дійшло Управління Північного офісу Держаудитслужби в Черкаській області, провівши моніторинг процедури закупівлі пального²⁰⁴. У цій закупівлі переможець не надав **гарантійний лист** про те, що для того, щоб підтвердити інформацію про необхідні технічні, якісні та кількісні характеристики предмета закупівлі, учасник **при поставці товару подає копії сертифікатів відповідності та/або паспортів якості**, в яких містяться визначення технічних та якісних характеристик на запропонований товар з урахуванням сезонності.

Замовник розмістив повідомлення з вимогою надати цей лист, проте державні аудитори визнали таку вимогу незаконною, оскільки цей лист як документ «про технічні та якісні характеристики предмета закупівлі» був відсутній – і це неможливо виправити.

3. Інші документи тендерної пропозиції.

Як зазначалось раніше, у відкритих торгах замовники, серед іншого, часто вимагають від учасників надати у складі тендерної пропозиції документи, що не належать ані до кваліфікаційної частини, ані до технічної, ані до інших чітко визначених змістових частин. Наприклад, згода на обробку персональних даних, статут, згода з умовами проекту договору про закупівлю, документи про податковий статус учасника і таке інше.

Оновлений механізм «24 годин» дозволив виправляти недоліки в таких документах, зокрема і їхню відсутність. Тому практика моніторингів закупівель аудиторями з цього питання є однорідною – аудитори дотримуються позиції, що усунення невідповідностей цілком законне і необхідне, коли учасник припустився, зокрема, таких помилок:

201 Моніторинг UA-M-2023-05-05-000041 у закупівлі UA-2023-03-30-008424-а (Держаудитслужба)

202 Моніторинг UA-M-2023-05-05-000041 у закупівлі UA-2023-03-30-008424-а (Держаудитслужба)

203 Моніторинг UA-M-2023-05-05-000041 у закупівлі UA-2023-03-30-008424-а (Держаудитслужба)

204 Моніторинг UA-M-2023-03-27-000025 у закупівлі UA-2023-03-09-005248-а (Управління Північного офісу Держаудитслужби в Черкаській області)

- не надав завіреної копії свідоцтва про реєстрацію платника податку на додану вартість (або про сплату єдиного податку) або копію витягу з реєстру платника податку на додану вартість²⁰⁵;
- не надав листи-гарантії та довідки в довільній формі про: дотримання у своїй діяльності норм чинного законодавства України; щодо контактних даних компанії-учасника; щодо прийняття істотних умов договору; щодо погодження з усіма умовами тендерної документації; щодо достовірності наданої інформації; щодо погодження з усіма умовами тендерної документації²⁰⁶;
- учасником не надано інформацію (довідку) щодо вартості чистих активів товариства станом на дату складання останньої затвердженої фінансової звітності, що передуює даті оголошення закупівлі²⁰⁷;
- не виконав вимогу пункту 4.13 Додатку 2 до тендерної документації, **не зазначивши щомісячні обсяги поставки/відвантаження асфальтобетону**, протягом всього строку виконання робіт (надання послуг). Не виконав вимоги пункту 4.13 зазначеного додатку в частині надання **гарантійного листа про безперебійне постачання асфальтобетону не від виробника**²⁰⁸.

Останній випадок є особливо цікавим з точки зору **розмежування, які документи вважати документами про технічні і якісні характеристики предмета закупівлі, а які – ні**, і від яких чинників це може залежати.

Аргументуючи необхідність надати учаснику 24 години на виправлення помилок, Північно-східний офіс Держаудитслужби зазначив, зокрема, таке: **«Оскільки вимоги тендерної документації, зазначені у Протоколі відхилення ТОВ «ЄВРОДОРБУД-ПЛЮС» відношення до технічних та якісних характеристик не мають та розміщені Замовником у розділі 4 «Інші документи» Додатку 2 до тендерної документації, то Замовник на вимогу пункту 40 Особливостей повинен був надати учаснику 24 години на виправлення інформації щодо відповідності цим вимогам»**²⁰⁹.

Таким чином, коли є спірним питанням, чи необхідно віднести документ до документів про технічні та якісні характеристики предмета закупівлі, може мати значення навіть місце розташування вимоги в тендерній документації.

Підсумовуючи, вбачаємо, що у практиці моніторингу публічних закупівель, розглянутій на прикладі норми про «24 години», проявляються такі проблемні питання:

- 1) Оскільки у законодавстві не передбачено конкретних способів усунення порушень, які мають зазначати державні аудитори, то вони змушені визначати такі способи самостійно. І ці способи не завжди пропорційні суттєвості порушення. Іноді державні аудитори вимагають розірвати договір, виявивши незначне порушення, допущене під час проведення процедури.
- 2) Різні офіси та управління можуть по-різному підходити до тлумачення одних і тих самих питань – наприклад, до питання виправлення технічної частини тендерної пропозиції.
- 3) Внаслідок змін у закупівельному законодавстві деякі склади порушень статті 164–14 Кодексу не повністю узгоджуються з ним, зокрема «невідхилення тендерної пропозиції, яка підлягала відхиленню» (адже, за оновленим законодавством, у більшості випадків, які стосувалися пропозиції з невідповідностями, йшлося про надання 24 годин, а не про відхилення). При цьому стаття 164–14 Кодексу не містить складу правопорушення, яке вчиняє замовник, коли визначає переможцем учасника з невідповідностями в тендерній пропозиції, не надавши йому 24 години на усунення порушення.

205 Моніторинг UA-M-2023-04-18-000073 у закупівлі UA-2023-03-27-009171-а (Управління Південного офісу Держаудитслужби в Миколаївській області)

206 Моніторинг UA-M-2023-03-28-000115 у закупівлі UA-2023-03-07-002925-а (Держаудитслужба)

207 Моніторинг UA-M-2023-04-24-000113 у закупівлі UA-2023-03-22-009018-а (Південний офіс Держаудитслужби)

208 Моніторинг UA-M-2023-05-08-000069 у закупівлі UA-2023-04-18-007652-а (Північно-східний офіс Держаудитслужби)

209 Моніторинг UA-M-2023-05-08-000069 у закупівлі UA-2023-04-18-007652-а (Північно-східний офіс Держаудитслужби)

РОЗДІЛ 4. Аналіз судової практики з оскарження висновків про результати моніторингів публічних закупівель

4.1. Кількісні показники судового оскарження висновків про результати моніторингів

Як зазначалось у попередніх розділах, замовник має право оскаржити висновок моніторингу до суду протягом 10 робочих днів з дня його оприлюднення. Про це зазначається в системі Prozorro протягом наступного робочого дня з дня оскарження висновку до суду. Окрім того, замовник зазначає в системі Prozorro про відкриття провадження у справі та його номер протягом наступного робочого дня з дня отримання такої інформації²¹⁰.

При визначенні судової практики, яка має стати об'єктом дослідження, потрібно зважати, що 19 жовтня 2022 року набули чинності Особливості здійснення публічних закупівель товарів, робіт і послуг для замовників, передбачених Законом України «Про публічні закупівлі», на період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування (далі – Особливості). Особливості суттєво змінили практику закупівель, запровадивши відкриті торги з особливостями.

Судові рішення з оскарження висновків моніторингів у закупівлях, що здійснювались раніше, ніж набули чинності Особливості, могли частково втратити актуальність для дослідження через зміну процедури. Тому вважаємо за доцільне дослідити судову практику оскарження висновків за результатами моніторингу відкритих торгів із особливостями та інших закупівель, оголошених 19 жовтня 2022 року та пізніше.

Частота судового оскарження

За даними публічного модуля аналітики BI Prozorro, державні аудитори проводили 6020 моніторингів щодо 6660 лотів, оголошених протягом I-го півріччя дії Особливостей, тобто оголошених з 19 жовтня 2022 року по 19 квітня 2023 року. За результатами цих моніторингів станом на 24 липня 2023 року включно оприлюднено 5860 висновків у 6490 лотах²¹¹.

Серед них замовники повідомили в системі Prozorro про **судове оскарження 437 висновків** моніторингів, що складає 7,45% оприлюднених висновків²¹².

При цьому серед 6490 лотів, оголошених з 19 жовтня 2022 року по 19 квітня 2023 року, щодо яких проводився моніторинг, виявлено **порушення в 4410 лотах (68,37%)**, що зафіксовано у **4010 висновках**

210 Частина 10 статті 8 Закону України «Про публічні закупівлі».

211 Дані станом на 24 липня 2023 року.

212 Дані станом на 21 серпня 2023 року.

за результатами моніторингу²¹³. Серед них позначку оскарження мають **435 висновків** моніторингу²¹⁴. Якщо співвіднести показник судового оскарження із кількістю висновків про порушення у закупівлях, оголошених протягом цього I півріччя дії Особливостей, то він складає **10,85% – саме з такою частотою замовники не згодні з виявленими порушеннями та/або зобов'язаннями щодо їхнього усунення та повідомляють у системі Prozorro, що оскаржують висновок у суді**.

Потрібно зауважити, що чинне законодавство та технічні рішення системи Prozorro не передбачають можливості повного віддзеркалення ходу судового розгляду на сторінці закупівлі в системі. Винятком є інформація про факт оскарження, номер справи, яку зазначає замовник, та опції для замовника додати документи та опис причин оскарження. Втім, наразі немає синхронізації системи Prozorro з Єдиним державним реєстром судових рішень, а тому дані щодо судового оскарження на сторінці закупівлі є обмеженими.

Тому для аналізу судової практики з оскарження висновків моніторингів необхідно досліджувати дані порталу «Судова влада» та відомості з Єдиного державного реєстру судових рішень, встановлюючи відповідність між номером справи та номером процедури закупівлі в кожному конкретному випадку. У частині закупівель замовники зазначають номер відкритого судового провадження (номер справи), але функція автоматизованого відбору переліку таких номерів у системі відсутня.

З огляду на це відбір судової практики ми проводили безпосередньо в Єдиному державному реєстрі судових рішень. Відповідно до статті 19 Кодексу адміністративного судочинства України, справи щодо оскарження рішень суб'єкта владних повноважень належать до юрисдикції адміністративних судів.

— Кількість судових рішень та розподіл перемог за сторонами справи

Станом на 24 липня 2023 року в адміністративній юрисдикції виявлено 58 судових рішень, прийнятих у формі рішення або постанови (тобто рішень по суті справи) у період з 19 жовтня 2022 року, в яких одночасно присутні ключові запити: «1178 закупівель висновку моніторингу».

З них релевантні, тобто справді винесені **у справах про оскарження висновку моніторингу публічної закупівлі по суті справи – 54 рішення в 48 справах**.

У судах першої інстанції розподіл перемог між сторонами справ є таким:

- На користь Держаудитслужби, її офісів та управлінь – прийнято **15 рішень**, згідно з ними у позовних вимогах замовників про визнання висновку протиправним та його скасування – відмовлено.
- На користь замовників – прийнято **33 рішення**, згідно з ними позовні вимоги задоволено повністю або частково, а висновки визнано протиправними та скасовано.

Тобто у **68,8%** випадків суд першої інстанції став на сторону замовника, розглядаючи позов про визнання висновку моніторингу протиправним та його скасування. Лише **31,2%** висновків моніторингів витримали перегляд у судовому порядку в першій інстанції та залишились чинними.

В апеляційній інстанції з досліджуваної вибірки суди переглядали 6 рішень судів першої інстанції. За результатами апеляційного оскарження 5 рішень, винесених на користь замовників, залишили без змін. Одне рішення, винесене на користь замовника, скасували та ухвалили нове рішення, на користь ОДФК, яким відмовили в задоволенні позову замовника.

Отже, в апеляційній інстанції співвідношення успіху замовників та ОДФК (суто в межах досліджуваної вибірки) становило 5 рішень до 1 рішення²¹⁵.

Щоб остаточно зробити висновки про те, як розподілились перемоги за сторонами справ про оскарження висновків моніторингів, потрібен триваліший період часу, в межах якого буде проходити весь цикл:

213 Дані станом на 24 липня 2023 року.

214 Дані станом на 21 серпня 2023 року.

215 Дані станом на 24 липня 2023 року.

від оголошення закупівлі – до її моніторингу, від її моніторингу – до судового оскарження та ухвалення остаточного рішення у справі.

Окрім того, звертаємо увагу, що позначку судового оскарження в досліджуваній вибірці станом на 24 липня 2023 року мали **410** висновків моніторингу в системі Prozorro. Різниця між кількістю цих висновків та кількістю рішень, наявних у Єдиному державному реєстрі судових рішень, може бути зумовлена кількома причинами:

- насамперед – тим, що судове оскарження потребує часу, і більшість справ про оскарження висновків у закупівлях жовтня 2022–квітня 2023 року можуть ще перебувати на стадії судового розгляду;
- у період правового режиму воєнного стану частина судових рішень може не відобразитися в Єдиному державному реєстрі судових рішень;
- існує ризик зловживання замовниками своїми процесуальними правами щодо судового оскарження висновків моніторингу. Так, замовник може повідомити в системі Prozorro про оскарження висновку і навіть подати позовну заяву, але не дотриматись вимог Кодексу адміністративного судочинства та не усунути вчасно недоліки позовної заяви або вчинити дії, які сприяють затягуванню судового процесу.

Таким чином, у середньому **кожен десятий висновок** моніторингу, в якому зафіксовано порушення, **оскаржується** замовником у суді. При цьому **ймовірність успішного оскарження** висновку в суді, за вибіркою рішень, винесених з 19 жовтня 2022 року по 24 липня 2023 року щодо висновків у закупівлях, проведених за I півріччя дії Особливостей, **становила близько 70%**. Станом на 21 серпня 2023 року позначку судового оскарження мають 437 висновків у таких закупівлях, але синхронізація з судовими реєстрами та базами даних відсутня, тому на сторінці закупівлі відображена лише частина інформації про справу, внесена замовником власноруч.

— 4.2. Причини скасування висновків про результати моніторингів та виявлені проблеми

Для того щоб виявити основні причини, з яких суди визнають протиправними та скасовують висновки за результатами моніторингів публічних закупівель, проаналізуємо зміст **33 рішень**, винесених судом першої інстанції на користь замовників.

Насамперед варто виділити, які порушення найчастіше встановлювали державні аудитори у процедурах закупівель та які способи усунення порушень встановлювали у висновках, які згодом успішно оскаржувались замовниками.

— Порушення, наявність яких заперечував замовник, оскаржуючи висновки

За результатами моніторингів у кожному оскаржуваному висновку фіксувалось одне або одночасно кілька порушень.

Найбільш поширеним порушенням, яке фіксували державні аудитори в оскаржуваних висновках, є **невідхилення замовником тендерної пропозиції переможця** процедури закупівлі, яка, на думку державних аудиторів, підлягала відхиленню. Таке порушення державні аудитори фіксували в **26** висновках з 33.

На думку державних аудиторів, замовник у цих закупівлях укладав договір із переможцем усупереч відповідному підпункту пункту 41 Особливостей та статті 31 Закону²¹⁶. Іноді безпідставне, на думку

216

Такі порушення фіксувались у процедурах закупівель за номерами UA-2023-01-18-011606-а, UA-2022-10-28-009880-а, UA-2022-12-07-020293-а, UA-2022-12-13-013423-а, UA-2022-12-24-001991-а, UA-2021-08-27-013052-а, UA-2022-12-27-019159-а, UA-2022-12-28-005736-а, UA-2022-12-26-019042-а, UA-2022-12-26-019227-а, UA-2022-12-27-012351-а, UA-2023-01-23-016334-а, UA-2022-11-25-005599-а тощо.

державних аудиторів, визначення переможця супроводжувалось також безпідставним наданням йому 24 годин (щонайменше 2 випадки).

Окрім того, у **9** випадках фіксувалась **невідповідність вимог тендерної документації** чинному законодавству.

Також у поодиноких випадках фіксувалось незаконне внесення змін до договору про закупівлю (3 випадки), відсутність у річному плані коду згідно з КЕКВ (коди економічної класифікації видатків) для бюджетних коштів, ненадання інформації на запит державних аудиторів, незазначення коду товару, визначеного згідно з Єдиним закупівельним словником, що найбільше відповідає назві кожної номенклатурної позиції.

— **Зобов'язання усунення порушень, встановлені в оскаржуваних висновках**

Способами усунення порушення у висновках, які були успішно оскаржені замовниками, були:

- **припинення зобов'язань** за договором²¹⁷, зокрема із застосуванням відповідних наслідків недійсності/нікчемності договору²¹⁸, а також припинення зобов'язань за договором з дотриманням положень Господарського кодексу України та Цивільного кодексу України²¹⁹, застосування відповідних наслідків недійсності/нікчемності договору та припинення дії договору через укладання додаткової угоди²²⁰ – **20 випадків**;
- **розірвання договору**²²¹, зокрема з дотриманням положень Господарського кодексу України та Цивільного кодексу²²², шляхом укладення додаткової угоди²²³, розірвання договору (припинення зобов'язань) за укладеним договором з дотриманням статті 188 Господарського кодексу України та статті 651 Цивільного кодексу України²²⁴ – **7 випадків**;
- заходи, направлені на недопущення встановленого порушення в майбутньому²²⁵, зокрема шляхом притягнення до відповідальності осіб, якими допущені порушення^{226,227}, шляхом врахування вимог частини першої статті 23 Закону при складанні тендерної документації²²⁸ – **4 випадки**;
- скасування рішення про визначення переможця торгів та відхилення тендерної пропозиції²²⁹ – **1 випадок**;
- оприлюднення додатку до Договору зі змінами, внесеними додатковою угодою, а також притягнення до відповідальності осіб, якими допущено порушення²³⁰ – **1 випадок**.

Отже, найбільш поширеним способом усунення порушень у висновках, які успішно оскаржувались замовниками, є **припинення зобов'язань за договором** (із застосуванням наслідків недійсності/нікчемності договору або без такої) **та розірвання договору**. Саме такі висновки оскаржувались найчастіше. Зауважимо, що така підбірка висновків не дає підстав стверджувати, що ці способи є найпоширенішими загалом (поза межами підбірки висновків, які зазнали судового оскарження).

За сукупністю типових порушень та способів їх усунення можна зробити висновок, що **найчастіше метою судового оскарження** висновків моніторингів є **збереження замовником договору**, який він уклав з переможцем процедури закупівлі та який сторони подекуди почали виконувати.

217	Рішення Дніпропетровського окружного адміністративного суду 09 червня 2023 року у справі № 160/5762/23
218	Справи № 460/883/23, 320/3755/23, 420/3472/23, 420/2125/23, 420/2123/23, 420/2131/23, 420/2128/23, 420/2126/23, 240/4080/23, 200/1133/23, 420/6812/23, 420/2940/23, 320/5848/23, 420/7200/23, 140/6457/23
219	Справи № 160/2537/23, № 620/2855/23
220	Рішення Дніпропетровського окружного адміністративного суду від 26 квітня 2023 року у справі № 160/3145/23
221	Справи № 380/5329/23, № 620/5597/23
222	Справи № 360/322/23, № 160/3833/23
223	Рішення Дніпропетровського окружного адміністративного суду 05 травня 2023 року у справі № 160/3310/23
224	Справи № 260/1417/23, № 260/2246/23
225	Рішення Вінницького окружного адміністративного суду від 23 лютого 2023 р. у справі № 120/11027/22
226	Рішення Одеського окружного адміністративного суду від 07 квітня 2023 року у справі № 420/2861/23.
227	Рішення Рівненського окружного адміністративного суду від 16 березня 2023 року у справі № 460/49777/22
228	Рішення Донецького окружного адміністративного суду від 26 червня 2023 року у справі № 200/2148/23
229	Рішення Запорізького окружного адміністративного суду від 07 квітня 2023 року № 280/812/23,
230	Рішення Київського окружного адміністративного суду від 02 червня 2023 року у справі № 320/4788/23

— Загальні причини визнання висновків протиправними та скасування

Суди розглядають висновки за результатами моніторингів як акти індивідуальної дії.

За змістом статті 2 Кодексу адміністративного судочинства у справах щодо оскарження рішень суб'єктів владних повноважень, адміністративні суди перевіряють, чи прийняті вони законно, **з метою, з якою повноваження надано**, обґрунтовано, тобто **з урахуванням усіх обставин**, що мають значення для прийняття рішення, безсторонньо (неупереджено), добросовісно, розсудливо, з дотриманням принципу рівності перед законом, запобігаючи всім формам дискримінації, **пропорційно**, зокрема **з дотриманням необхідного балансу між будь-якими несприятливими наслідками для прав, свобод та інтересів особи та цілями, на досягнення яких спрямоване це рішення (дія)**, з урахуванням права особи на участь у процесі прийняття рішення, своєчасно, тобто протягом розумного строку.

Тобто формальне дотримання Закону ще не гарантує, що висновок витримає перевірку судом на пропорційність, своєчасність, врахування всіх обставин справи. До більшості висновків суди ставляться критично саме в цій частині:

- *проблема пропорційності* виникає тоді, коли через незначне порушення замовника зобов'язують розірвати договір або припинити зобов'язання за ним;
- *проблема легітимної мети* висвітлюється в судових рішеннях, коли виявлене аудитором порушення не вплинуло на ефективність використання бюджетних коштів, але висновок, тим не менш, зобов'язує замовника до виняткових заходів;
- *проблема врахування всіх обставин, що мають значення*, виникає переважно у випадках, коли, згідно з висновком державних аудиторів, пропозиція переможця не відповідає вимогам тендеру та мала бути відхилена. Але висновок базується на змісті його пропозиції, тоді як насправді учасник відповідав критеріям, хоча і припустився помилок у документах пропозиції, адже не дотримався способу документального підтвердження своєї відповідності.

Якщо узагальнити причини, з яких відбулося успішне судове оскарження висновків за результатами моніторингів, стає очевидно, що суди визнають протиправними та скасовують висновки з таких основних причин:

Відсутність, на думку суду, порушення, встановленого державними аудитором у висновку, внаслідок чого висновок не відповідає критерію обґрунтованості. Найчастіше зводиться до тлумачення судом конкретних норм законодавства про закупівлі, які, на думку державних аудиторів, порушив замовник при проведенні закупівлі. Оскільки найчастіше оскаржується фіксація порушення щодо невідхилення тендерної пропозиції переможця, то предметом розгляду стає відповідність тендерної пропозиції переможця вимогам тендерної документації.

Виявлене порушення не призвело до негативних наслідків, не вплинуло на ефективність використання бюджетних коштів, не вийшло за межі формальних помилок тощо.

Спосіб усунення порушення є непропорційним або обраним усупереч повноваженням ОДФК. Оскільки найчастіше способом усунення порушення в оскаржуваних висновках є припинення зобов'язань за договором або його розірвання, предметом оцінки судом стає обґрунтованість, пропорційність, конкретизованість, легітимна мета, наслідки обрання ОДФК саме такого способу усунення порушення.

Часто судові рішення поєднують у собі всі зазначені вище причини для того, щоб скасувати висновки моніторингів.

— Чому суди визнавали необґрунтованими висновки

Проаналізувавши рішення судів, у яких вони визнавали висновки моніторингів необґрунтованими, а порушення – відсутніми, можна виявити основні тези:

1. Аналізуючи пропозиції переможців та заперечуючи підстави для їхнього відхилення, суди зазначали, зокрема, таке:

Щодо технічної частини

- якщо учасником в оформленні тендерної пропозиції навіть і були допущені неточності, але які не впливають на зміст тендерної пропозиції, не нівелюють технічний потенціал або конкурентоспроможність учасника, то такі недоліки є формальними (учасник усупереч вимогам тендерної документації не зазначив коментарів до кожного пункту технічних характеристик товару, що пропонується в установленій формі)²³¹;
- виправлення невідповідностей шляхом надання виправленого сертифікату відповідності не призвело до зміни предмета закупівлі, запропонованого учасником процедури закупівлі у складі його тендерної пропозиції, найменування товару, марки, моделі тощо²³²;
- лише одне речення декларації виробника викладено англійською мовою та не має перекладу українською, а інші документи (етикетки) надані додатково на розсуд учасника²³³;
- хоча від учасників вимагалось підтвердити відповідність вимогам додатку, у тендерній документації не встановлено вимоги щодо подання учасниками документів, які за формою та змістом повинні відповідати такому додатку²³⁴;
- тендерна документація не містить чітких вимог щодо надання фотографій на кожний розмір упаковки чи щодо надання фото кожної позиції технічного завдання чи тендерної пропозиції учасника. Виконання вимог повідомлення замовника (довантаження фотографій товару) не призводить до зміни предмета закупівлі, найменування товару, марки, моделі тощо²³⁵;
- надати лист-пояснення про неможливість надати протоколи випробувань та про зобов'язання їх надати при постачанні продукції – припустимо²³⁶.

Щодо інших документів

- надання декларації про провадження господарської діяльності замість ліцензії – **припустимо**, оскільки в декларації учасник зазначив про наявність ліцензії з будівництва об'єктів, що за класом наслідків відповідальності належать до об'єктів з середніми (СС2) та значними (СС3) наслідками. До того ж поняття «дозвіл на виконання робіт» охоплює ліцензію, декларацію чи інший визначений законодавством документ на провадження господарської діяльності. Суд зазначає про **«декларацію про провадження господарської діяльності, яка є альтернативою ліцензії в умовах воєнного часу»**²³⁷;
- **невідповідності в локальних кошторисах припустимо виправляти**, оскільки дані в локальних кошторисах не впливають на якість будівельних робіт по об'єкту, а всі роботи, зазначені в локальних кошторисах, перетинаються між собою, і ці види робіт можна перевірити в інших документах, поданих у тендерній документації. Крім того, невідповідність у локальних кошторисах та їхнє усунення не призвели до зміни предмета закупівлі²³⁸;
- порушення в тендерній пропозиції переможця щодо незазначення номеру телефону керівника **належало до визначення формальних (несуттєвих) помилок**, а наявність сервісної підтримки підтверджено для всієї групи товарів (за інформацією на сайті виробника пропонуваного товару належить до групи)²³⁹;
- суд погоджується з твердженням ОДФК про неналежне оформлення учасником тендерної пропозиції, яке полягало в ненаданні договору оренди, який підтверджує законні підстави використання учасником АЗС за адресою <...>, відсутність у гарантійному листі партнера АЗС за адресою <...>, помилкове зазначення адреси АЗС партнера <...>. Однак **такі помилки не призвели до укладення договору з учасником, тендерна пропозиція якого не відповідає вимогам, установленим у тендерній документації**²⁴⁰;
- навіть якщо у пропозиції учасника **відсутні додатки (сторінки) до дозволу на викиди забруднюючих речовин в атмосферне повітря стаціонарними джерелами**, а договір оренди надано на склад, а не на «об'єкти поводження з медичними відходами», учасником надана ліцензія на проведення операцій у сфері поводження з небезпечними відходами. Це свідчить про наявність у ліцензіата всієї необхідної дозвільної та іншої документації. Питання ведення Ліцензійного реєстру контролюється відповідними органами державної влади та не стосується процедури закупівлі. Відсутня інформація щодо недійсності дозволу без

231	Постанова Восьмого апеляційного адміністративного суду від 08 червня 2023 року у справі № 460/883/23
232	Там само
233	Рішення Дніпропетровського окружного адміністративного суду 09 червня 2023 року у справі № 160/5762/23
234	Рішення Рівненського окружного адміністративного суду від 16 березня 2023 року у справі № 460/49777/22
235	Рішення Закарпатського окружного адміністративного суду від 19 травня 2023 року у справі № 260/2246/23
236	Рішення Чернігівського окружного адміністративного суду від 04 липня 2023 року у справі № 620/5597/23
237	Рішення Одеського окружного адміністративного суду від 24 квітня 2023 року у справі 420/3472/23
238	Рішення Закарпатського окружного адміністративного суду від 21 червня 2023 року у справі № 260/1417/23
239	Рішення Луганського окружного адміністративного суду від 06 червня 2023 року у справі № 360/322/23
240	Рішення Житомирського окружного адміністративного суду від 07 червня 2023 року у справі № 240/4080/23

- додатків, а інформація, що міститься в додатках (умови, що встановлюються в дозволі, та дозволені обсяги викидів) не стосуються процедури закупівлі²⁴¹;
- підписання пропозиції удосконаленим електронним підписом, коли вимагалось підписання кваліфікованим електронним підписом, припустиме²⁴².

Щодо кваліфікаційної частини

- зазначення попереднім замовником у відгуку **іншої суми договору, ніж вказана у наявних відомостях про попередню закупівлю, жодним чином не свідчить про невідповідності в інформації** та/або документах, які подані учасником процедури закупівлі в тендерній пропозиції, та не може мати негативних наслідків для такого учасника у вигляді відхилення його тендерної пропозиції²⁴³ (сума аналогічного договору у відгуку та у даних про оплату різнилась);
- досвід виконання аналогічних договорів про послуги прибирання приміщень з площею, що вимагалась замовником, **допустимо підтвердити кількома договорами, за якими сумарно площа приміщень відповідає** вимогам замовника²⁴⁴;
- надання попередньої медичної книжки кухаря з попередньою датою проходження медогляду замість нової не впливає на наявність у кухаря особистої медичної книжки з чинною на момент подання тендерної пропозиції датою проходження медогляду. До того ж, незважаючи на формулювання вимоги тендерної документації у множині («кухарі»), вимог до кількості тендерна документація не містила (одного достатньо). Окрім того, ОДФК не врахував документи, надані замовником з поясненнями²⁴⁵;
- договір про капітальний ремонт системи опалення та встановлення індивідуальних теплових пунктів у шести (6) дитячих навчальних закладах та навчально-реабілітаційному центрі відповідає вимозі надати аналогічний договір на «капітальний ремонт або реконструкцію будівлі/приміщення». Також учасник надав рекомендаційний лист про те, що показав уміння виконувати будівельно-монтажні роботи в будівлях, що експлуатуються, та таке підприємство рекомендоване до співпраці²⁴⁶.

Щодо виправлення невідповідностей

- завантаження документів про усунення невідповідностей **пізніше ніж протягом 24 годин – припустиме**, якщо в частину 24-годинного строку були перебої на майданчику, і учасник відправив документи листом, а за кілька днів довантажив у систему²⁴⁷.
2. Розглядаючи недоліки тендерної документації та вказуючи на відсутність порушень, суди мотивували це, зокрема, таким:
- **Визначення переліку необхідних характеристик покладено саме на замовника**, а тому за відсутності вичерпного законодавчо встановленого переліку таких характеристик немає й підстав стверджувати, що в даній справі позивачем не наведено опису всіх необхідних характеристик товару, що закуповуються²⁴⁸. (ОДФК вважав, що тендерна документація не містить опис усіх необхідних характеристик товарів, робіт або послуг, що закуповуються, в тому числі їхні технічні, функціональні та якісні характеристики, що є порушенням частини 1 статті 23 Закону).
 - Припинено функціонування державних реєстрів та баз даних, які адмініструються державою. Тому замовником правомірно було встановлено вимоги надання переможцем процедури закупівлі документального підтвердження відсутності підстав, визначених пунктами 1,2,7,8,9 частини 1 статті 17 Закону, крім пункту 13 частини 1 статті 17 Закону, як це передбачено пунктом 44 Особливостей²⁴⁹.
 - **Хоча замовник і не дотримався вимог Особливостей, порушення немає**, оскільки норми Закону України мають вищу юридичну силу, ніж постанова Кабінету Міністрів України,

241	Рішення Запорізького окружного адміністративного суду від 07 квітня 2023 року № 280/812/23
242	Рішення Одеського окружного адміністративного суду від 23 травня 2023 року у справі 420/6812/23
243	Рішення Дніпропетровського окружного адміністративного суду від 14 червня 2023 року у справі № 160/2537/23
244	Рішення Київського окружного адміністративного суду від 25 травня 2023 року у справі № 320/3755/23
245	Справи № 420/2125/23, № 420/2131/23, 420/2133/23, 420/2861/23, 420/2128/23
246	Рішення Львівського окружного адміністративного суду від 22 травня 2023 року у справі № 380/5329/23
247	Рішення Дніпропетровського окружного адміністративного суду 05 травня 2023 року у справі № 160/3310/23
248	Рішення Донецького окружного адміністративного суду від 26 червня 2023 року у справі № 200/2148/23
249	Постанова Восьмого апеляційного адміністративного суду від 08 червня 2023 року у справі № 460/883/23

а тому першочерговому застосуванню підлягають норми Закону. Вища юридична сила Закону полягає також у тому, що всі підзаконні нормативно-правові акти приймаються на основі законів та за своїм змістом не повинні суперечити їм. Підпорядкованість таких актів законам закріплена у положеннях Конституції України²⁵⁰.

- Довідка в довільній формі також є документом. **Саме замовник наділений повноваженнями щодо розроблення** на основі вимог Закону тендерної документації, якою визначаються конкретні умови закупівлі та, зокрема, визначаються кваліфікаційні критерії відповідно до статті 16 згаданого Закону, а також спосіб їхнього підтвердження²⁵¹.
- Інформація про електронну адресу уповноваженої особи містилась у оголошенні про проведення відкритих торгів з особливостями. Отже, зазначене порушення, допущене позивачем, не мало наслідком ускладнення для учасників тендеру в процесі зв'язку з уповноваженою особою²⁵².
- Стаття 22 Закону та жодне положення Особливостей не містить вимог про те, що Замовник повинен у своїй тендерній документації зазначити пункт 47, 48 Особливостей²⁵³.
- Вимоги Закону не містять імперативної норми щодо того, що приклади формальних (несуттєвих) помилок у тендерній документації мають повністю відповідати (дублювати) приписи Переліку формальних помилок, затвердженого наказом Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України від 15.04.2020 року № 710²⁵⁴.

3. Відсутність інших порушень суди обґрунтовували, зокрема, таким:

- Річний план не належить до об'єкту контролю під час моніторингу, має місце вихід за межі повноважень ОДФК (повноваження щодо встановлення відповідності закупівлі річному плану до компетенції Казначейства, зазначення в ньому коду економічної класифікації видатків бюджету (для бюджетних коштів) перебуває поза межами об'єкта даної конкретної перевірки та повноважень ОДФК)²⁵⁵.
- Замовник сам визначає відповідно до Єдиного закупівельного словника код, що найбільше відповідає назві номенклатурної позиції предмета закупівлі²⁵⁶.
- **Щодо зміни умов договору:** в тендерній документації замовник вказував, що зазначені в ній умови договору не є остаточними і вичерпними, і можуть бути доповнені і скориговані під час укладання договору, і про це завчасно попереджено всіх майбутніх учасників закупівлі. Змінені пункти [про гарантійні строки] викладені «більш деталізовано», ніж у проекті договору до тендерної документації, і не змінюють істотні умови договору²⁵⁷.

Як бачимо, подеколи суди підходять до питання відповідності учасника комплексно й під час розгляду виходять за межі змісту його тендерної пропозиції. Такий підхід не є цілком традиційним для закупівельної практики. Щодо наявності або відсутності інших порушень позиція судів також не завжди прогнозована.

— Чому суди визнавали способи усунення порушень неналежними

Як зазначалось вище, найпоширенішими способами усунення порушень у висновках, які замовники успішно оскаржили, були або припинення зобов'язань за договором (зокрема, із застосуванням наслідків недійсності/нікчемності) – 20 випадків з 33, або розірвання договору – 7 випадків з 33.

Втім, здебільшого суди негативно оцінювали ці способи. У деяких випадках²⁵⁸, навіть погоджуючись із тим, що замовник припустився порушення, суди визнавали висновок протиправним саме в частині способу його усунення.

250	Рішення Дніпропетровського окружного адміністративного суду від 26 квітня 2023 року у справі № 160/3145/23
251	Рішення Закарпатського окружного адміністративного суду від 19 травня 2023 року у справі № 260/2246/23
252	Рішення Житомирського окружного адміністративного суду від 07 червня 2023 року у справі № 240/4080/23
253	Рішення Одеського окружного адміністративного суду від 23 травня 2023 року у справі № 420/6812/23
254	Рішення Одеського окружного адміністративного суду від 23 травня 2023 року у справі № 420/6812/23
255	Постанова Восьмого апеляційного адміністративного суду від 08 червня 2023 року у справі № 460/883/23
256	Рішення Закарпатського окружного адміністративного суду від 19 травня 2023 року у справі № 260/2246/23
257	Рішення Дніпропетровського окружного адміністративного суду від 26 квітня 2023 року у справі № 160/3145/23
258	Рішення Волинського окружного адміністративного суду від 07 липня 2023 року у справі № 140/6457/23

— Оцінка судами припинення зобов'язань як способу усунення порушення

Більшість судів у досліджуваній вибірці оцінюють такий спосіб усунення порушень як неналежний, оскільки:

- У спірному висновку **не зазначено про встановлення порушень**, які в розумінні статті 43 Закону **можуть свідчити про нікчемність** договору.
- Враховуючи, що вимога контролюючого органу про усунення виявлених порушень законодавства повинна містити чіткі, конкретні та зрозумілі приписи на адресу підконтрольного суб'єкту, які є обов'язковими до виконання останнім, недотримання вказаних вимог спричинює **юридичну невизначеність**, що не є прийнятним.
- Усунення виявлених під час проведення моніторингу закупівлі недоліків у оформленні тендерної документації в запропонований в оскаржуваному висновку спосіб **може призвести до порушення прав та інтересів переможця**, що є непропорційним у співвідношенні з виявленими недоліками.
- У висновку про результати моніторингу закупівлі **взагалі не йде мова про неефективне, незаконне, нецільове використання бюджетних коштів**, що не узгоджується з вимогою ОДФК про припинення зобов'язань за договором, у тому числі із застосуванням відповідних наслідків недійсності/нікчемності договору за результатами публічної закупівлі договору.
- На час оприлюднення висновку про результати проведення моніторингу процедури закупівлі **договір про закупівлю виконаний**, про що надано акти приймання виконаних будівельних робіт, а замовником проведено оплату цих робіт, про що свідчать платіжні доручення.
- Орган фінансового контролю **мав право спостерігати за кожним етапом закупівлі** шляхом аналізу інформації про неї за допомогою електронної системи закупівель. ОДФК **не скористалося правом своєчасного здійснення контролю** закупівлі до повного виконання сторонами договору. Своєю чергою норми Закону **не передбачають усунення виявлених порушень процедури закупівлі після повного виконання** сторонами договору про закупівлю.
- Допущене позивачем порушення **не призвело до будь-яких негативних наслідків** для процедури закупівлі, зокрема не порушило права будь-яких осіб чи будь-який публічний інтерес, а також не призвело до отримання позивачем будь-яких неправомірних вигод чи переваг²⁵⁹.
- Ані Законом «Про основні засади», ані іншим нормативно-правовим актом не встановлено право органів фінансового контролю вимагати припинення зобов'язань (розірвання договорів). Зазначивши у висновку, що є необхідність вжити заходів щодо усунення виявлених порушень в установленому законодавством порядку, зокрема шляхом припинення зобов'язань за договором з дотриманням положень Господарського кодексу України та Цивільного кодексу України, відповідач не визначив спосіб усунення виявлених під час моніторингу порушень.
- Верховний Суд, зокрема в постановках від 11 червня 2020 року у справі № 160/6502/19, від 12 серпня 2020 року у справі № 160/11304/19, від 21 січня 2021 року у справі № 400/4458/19, від 28 січня 2021 року у справі № 160/12925/19, висловлював правову позицію, що спонукання позивача самостійно визначити на підставі невизначених норм, яких саме заходів необхідно вжити для усунення виявлених порушень, своєю чергою може призвести до нового можливого порушення позивачем чинного законодавства. Можливість усунути виявлені порушення прямо залежить від чіткого визначення суб'єктом владних повноважень конкретного заходу (варіанту поведінки), якого потрібно вжити уповноваженій особі Замовника для того, щоб усунути порушення²⁶⁰.

Інші суди натомість вважають²⁶¹, що варіант усунення порушення шляхом припинення зобов'язань за договором, у тому числі із застосуванням відповідних наслідків недійсності/нікчемності договору, направлений на приведення відносин між сторонами у первісний стан. Вони стверджують: **«У разі недотримання учасником процедури закупівлі усіх кваліфікаційних вимог, зазначених у тендерній документації замовника, останній на вимогу Закону України «Про публічні закупівлі» повинен відхилити тендерну пропозицію учасника та відмінити закупівлю, що робить укладання договору взагалі неможливим. Отже, в разі дотримання вимог Закону України «Про публічні закупівлі» відносини між переможцем закупівлі та замовником взагалі б не виникли та договір не було б укладено.**

<...>Таким чином, укладення договорів є завершальною стадією проведення процедури закупівлі, тому невідхилення пропозиції учасника за наявності для цього підстав та, як наслідок, укладення договору є підставою для визнання договору недійсним та застосування відповідних наслідків цього.

259 Рішення Чернігівського окружного адміністративного суду від 08 червня 2023 року у справі № 620/2855/23

260 Рішення Одеського окружного адміністративного суду від 23 травня 2023 року у справі № 420/6812/23

261 Рішення Київського окружного адміністративного суду від 02 червня 2023 року у справі № 320/5848/23

Як вбачається зі змісту висновку, відповідач конкретизував, яких саме заходів має вжити позивач, визначив спосіб усунення виявлених під час моніторингу порушень, що свідчить про його чіткість та визначеність.

Тобто вимоги, зазначені у спірному висновку про результати моніторингу процедури закупівлі шляхом припинення зобов'язань за договором, у тому числі із застосуванням відповідних наслідків недійсності/нікчемності договору, є нормативно обґрунтованими.

Аналогічні за змістом та обов'язкові до врахування в силу вимог статті 13 Закону України «Про судоустрій і статус суддів» висновки були також висловлені Верховним Судом у справах № 420/693/21, № 200/100092/20, № 280/8475/20, № 260/2993/21.

Враховуючи наведене, суд вважає безпідставними доводи позивача про неправомірність визначеного відповідачем способу усунення позивачем виявленого під час здійснення моніторингу порушення».

Отже, у судовій практиці трапляються рішення, в яких суди по-різному оцінюють один і той самий спосіб усунення порушення.

— Оцінка судами розірвання договору як способу усунення порушення

Трапляються випадки, коли суди не погоджуються з обґрунтованістю та доцільністю розірвання договору як способу усунення порушення. Визнаючи неналежним розірвання договору як спосіб усунення порушення, суди мотивували це наступними обставинами:

- Відповідно до чинного законодавства, 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 договору²⁶²;
- ОДФК обмежився лише тим, що зазначив у констатуючій частині спірного висновку виявлені порушення та зобов'язав позивача здійснити заходи щодо усунення виявлених порушень шляхом розірвання договору, **не визначивши конкретний законодавчий спосіб розірвання договору**, що свідчить про його нечіткість та невизначеність. Спонукання позивача самостійно визначити на підставі невизначених норм, які саме заходи необхідно вжити для усунення виявлених порушень, також **може призвести до нового можливого порушення позивачем чинного законодавства**.
- Усунення виявлених під час проведення моніторингу закупівлі недоліків у оформленні тендерної документації в запропонований в оскаржуваному висновку спосіб **може призвести до порушення прав та інтересів третьої особи (переможця)**, та мати негативні наслідки для репутації позивача, що є непропорційним у співвідношенні з виявленими недоліками.
- **Втручання органу державного фінансового контролю в публічні закупівлі є виправданим виключно в разі, якщо виявлене порушення має негативний вплив для бюджету** (зайве витрачання бюджетних коштів). Натомість оскаржуваний висновок про результати моніторингу закупівлі не містить доказів та відомостей про неефективне, незаконне, нецільове використання бюджетних коштів, що не узгоджується з вимогою відповідача про розірвання договору, зокрема застосування відповідних наслідків недійсності/нікчемності договору відповідно до законодавства.
- Захід реагування у вигляді зобов'язання позивача здійснити заходи щодо усунення порушення шляхом розірвання договору є виключним. Обрання цього заходу можливе в разі, якщо **виявлені порушення реально створюють загрозу корупційних дій і зловживань**²⁶³.

Разом із тим, у практиці Верховного Суду України спостерігається **тенденція до визнання розірвання договору належним способом усунення порушення** за результатами публічної закупівлі, яка була проведена з порушеннями. Так, у постанові від 09 лютого 2023 року у справі № 520/6848/21 Верховний Суд зазначив:

«...Укладення договорів є завершальною стадією проведення процедури закупівлі, тому укладення договору з порушенням процедури публічної закупівлі є підставою для розірвання такого договору.

262

Рішення Закарпатського окружного адміністративного суду від 19 травня 2023 року у справі № 260/2246/23

263

Рішення Чернігівського окружного адміністративного суду від 04 липня 2023 року у справі № 620/5597/23

Як вбачається зі змісту висновку, відповідач конкретизував, яких саме заходів має вжити позивач, визначив спосіб усунення виявлених під час моніторингу порушень, що свідчить про його чіткість та визначеність.

Тобто вимоги, зазначені у спірному висновку про результати моніторингу процедури закупівлі шляхом розірвання договору, підлягали виконанню.

Аналогічні висновки були також висловлені Верховним Судом у постановках від 26 жовтня 2022 року (справа № 420/693/21), від 10 листопада 2022 року (справа № 200/10092/20), від 24 січня 2023 року (справа № 280/8475/20), від 31 січня 2023 року (справа № 260/2993/21), і колегія суддів Верховного Суду не вбачає підстав для відступу від такої правової позиції».

Зауважимо, що в цій справі ОДФК не лише зобов'язав замовника вжити заходів щодо розірвання договору, але й вказав у висновку на можливість трьох варіантів поведінки: оприлюднити інформацію та/або документи, що свідчать про усунення порушення (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель, викладених у висновку, або аргументовані заперечення до висновку, або інформацію про причини неможливості усунення виявлених порушень.

Виходячи з матеріалів судової практики, частина причин скасування висновків може бути усунута, якщо внести зміни до законодавства та більш чітко регламентувати процеси за результатами моніторингу, а саме:

- **передбачити чіткі способи усунення порушень**, до яких ОДФК мають повноваження спонукати замовника;
- встановити законодавчо основні **пропорції**, які порушення на яких стадіях процедури закупівлі яким способом усунення порушення пропорційні.

В разі якщо законодавство більш детально регламентуватиме дії сторін та їхні наслідки, це зменшить ризику скасування висновків судами.

Висновки та пропозиції

У цьому дослідженні ми розглянули нормативну базу моніторингу публічних закупівель, статистичні показники їхнього проведення, актуальну практику моніторингу та судову практику з оскарження висновків за їхніми результатами. У підсумку, гіпотези щодо проблем, притаманних моніторингу публічних закупівель, підтвердились. **Основними з них є:**

- зміщення фокусу контролю на виявлення формальних порушень, які не заподіяли шкоди бюджету та/або конкурентності закупівлі;
- невідповідність оновленому законодавству та неможливість використання автоматичних індикаторів ризиків;
- непропорційність способів усунення порушень, які визначаються державними аудиторями, суттєвості та наслідкам допущених порушень;
- законодавчі передумови для проведення моніторингу на відповідність усім без винятку нормам законодавства про закупівлі, без визначення підстав часткового та пріоритетного моніторингу;
- відсутність чітко визначених способів усунення порушення, до яких державні аудитори можуть спонукати замовника;
- наявність варіантів правомірної поведінки замовника, які формально не звільняють його від відповідальності;
- проблеми з доступом державних аудиторів до верифікованих персональних даних осіб, які скоїли порушення;
- недостатнє врегулювання дій сторін на стадії судового розгляду та відсутність синхронізації даних судової системи з системою Prozorro;
- суперечливість практики ОДФК щодо оцінки аналогічних ситуацій у закупівлях, зокрема в питанні виправлення невідповідностей у тендерних пропозиціях;
- невідповідність переліку адміністративних правопорушень змінам у закупівельному законодавстві;
- високий рівень успішності судового оскарження висновків за результатами моніторингу закупівель та суперечливість самої судової практики;
- недостатнє застосування моніторингу як інструмента для виявлення суттєвих порушень, які мають ознаки злочинів, із подальшим стартом кримінальних проваджень на базі інформації, виявленої в ході моніторингу, і притягненням винних осіб до відповідальності.

Виходячи з наявних проблем, доцільно сформулювати рекомендації щодо того, як удосконалити державний фінансовий контроль у формі моніторингу закупівель в Україні.

1. **Оновлення та категоризація складів правопорушень законодавства про закупівлі.**

Переглянути перелік адміністративних правопорушень у сфері публічних закупівель та **класифікувати їх за ступенем істотності порушення**. Посилання на категорії порушень, визначені за такою класифікацією, можна буде використати у правових конструкціях, побудованих з урахуванням такого розмежування.

Переглядаючи перелік адміністративних правопорушень, потрібно погодити його з чинним законодавством України, зокрема особливостями здійснення закупівель, які діють під час правового режиму воєнного стану.

При визначенні, які порушення є найбільш істотними, варто пам'ятати про принципи здійснення публічних закупівель, визначені статтею 5 Закону. Насамперед це добросовісна конкуренція серед учасників; максимальна економія, ефективність та пропорційність; відкритість та прозорість на всіх стадіях закупівель; недискримінація учасників та рівне ставлення до них; об'єктивне та неупереджене визначення переможця процедури закупівлі/спрощеної закупівлі; запобігання корупційним діям і зловживанням.

Критеріями суттєвості порушень можуть стати такі ознаки:

- чи завдало порушення або чи є реальна загроза, що воно завдасть **шкоди бюджету** замовника, зокрема чи було внаслідок порушення втрачено найбільш економічно вигідну пропозицію;
- чи порушено або чи є реальна загроза порушення **прав та законних інтересів учасників** (потенційних учасників) процедури закупівлі,

- чи було завдано шкоди **конкурентності** закупівлі в інший спосіб; чи було внаслідок порушення **введено в обману** учасників закупівлі щодо умов та/або чи було порушено принцип **прозорості** здійснення закупівлі.

Додатковими ознаками істотності порушення можуть слугувати повторність одного й того самого порушення протягом року.

Найбільш суттєвими порушеннями, які істотно вплинули на хід та результати закупівлі, можуть бути визнані такі:

- 1) **ухилення замовника від проведення конкурентної процедури закупівлі** за наявності законних підстав для її проведення (придбання товарів, робіт і послуг до/без проведення процедур закупівель);
- 2) відхилення тендерної пропозиції з підстав, не передбачених Законом або не у відповідності до вимог Закону, в тому числі ненадання учаснику 24 годин на виправлення невідповідностей у тендерній пропозиції за наявності підстав для цього (**безпідставне відхилення**);
- 3) **визначення переможцем або допуск** до аукціону учасника, щодо якого наявні підстави для відхилення тендерної пропозиції або підстави для спрямування вимоги про усунення невідповідностей (окрім випадків, коли такі невідповідності були усунуті учасником у встановленому Законом порядку);
- 4) **невиконання рішення Антимонопольного комітету України** як органу оскарження за результатами розгляду скарг суб'єктів оскарження, подання яких передбачено Законом;
- 5) **порушення порядку визначення очікуваної вартості предмета закупівлі**, затвердженого Кабінетом Міністрів України (за умови надання повноваження Уряду щодо затвердження такого порядку та фактичної реалізації такого повноваження), якщо внаслідок такого порушення було завдано або існує реальна загроза заподіяння шкоди бюджету та/або якщо очікувана вартість та/або ціна договору за результатами неконкурентної закупівлі не відповідає ринковому рівню цін (визначити% відмінності);
- 6) укладення з учасником, який став переможцем процедури закупівлі, **договору про закупівлю, умови якого не відповідають** вимогам тендерної документації та/або тендерної пропозиції переможця процедури закупівлі;
- 7) порушення умов та порядку укладання договору на надпорогову вартість про придбання товарів, робіт, послуг без застосування електронної системи закупівель, визначених законодавством;
- 8) **внесення змін до істотних умов договору** про закупівлю у випадках, не передбачених Законом, у тому числі безпідставне підвищення ціни договору шляхом укладення додаткових угод.

Такі порушення в разі їх виявлення потребують коригування ходу закупівлі та/або її результатів і наслідків.

Додатково як суттєве порушення може бути розглянута **невідповідність тендерної документації** вимогам законодавства, але виключно за умови, якщо така невідповідність унеможливує участь у процедурі закупівлі та/або містить універсальні дискримінаційні умови. Необхідно зазначити, що чинне законодавство не надає ОДФК повноважень моніторити процедури закупівлі на наявність дискримінаційних умов. Втім, можна розглянути **можливість перевірки ОДФК тендерної документації на наявність умов, які:**

- визнаються органом оскарження протиправними та дискримінаційними незалежно та безвідносно до суб'єкта оскарження – наприклад, вимоги надання зразків товару до укладання договору про закупівлю, вимоги надання документів у паперовій формі, вимоги забезпечити відвідини замовником місця виробництва або огляд учасником об'єкта будівництва – перелік таких умов має бути нормативно визначений;
- вже були визнані дискримінаційними за результатами оскарження в закупівлі цього самого замовника (у цій самій закупівлі або закупівлі аналогічного предмета закупівлі, або закупівлі будь-якого предмета цим самим замовником – остаточне визначення меж порівняння умов може бути різним).

Ще одним суттєвим порушенням, яке потребує втручання та недопущення закупівлі на будь-якій стадії, є **оголошення нової закупівлі за наявності незавершеної закупівлі з того самого предмета на таку саму суму** (або з незначними відмінностями, які могли бути скориговані у первинній процедурі закупівлі без оголошення нової). Суть порушення полягає в тому, що замовник, розпочавши процедуру закупівлі, не завершує її без законних на це підстав. Наприклад, через участь сторонніх учасників, оскарження умов або рішень замовника. Формально замовник виконує рішення органу оскарження, якщо таке прийнято, і подальша бездіяльність підпадає лише під порушення строків розгляду пропозицій. Але фактично замовник полишає закупівлю та оголошує нову, внаслідок чого учасники змушені брати в ній участь

повторно, вже знаючи орієнтовний рівень цін одне одного та документи, і зазнавати збитків. Оголошення іншої закупівлі замість тієї, хід якої з суб'єктивних причин «не влаштував» замовника, не має допускатись, оскільки дозволяє уникнути конкуренції.

Порушення строків розгляду тендерної пропозиції більше, ніж на місяць, з високою ймовірністю може свідчити про намір покинути закупівлю. А отже, може бути визнано суттєвим порушенням.

Порушення строків оприлюднення тендерної документації може розглядатися як суттєве порушення, якщо внаслідок цього повна чинна версія тендерної документації була доступна для ознайомлення менше ніж 50% передбаченого Законом мінімального строку подання тендерних пропозицій.

Менш суттєвими порушеннями можуть бути визнані, за умови, що вони не вплинули на економію, конкурентність, прозорість закупівель, не завдали шкоди правам та законним інтересам учасників, є такі:

- 1) порушення порядку визначення предмета закупівлі;
- 2) несвоєчасне надання або ненадання замовником роз'яснень щодо змісту тендерної документації;
- 3) неоприлюднення або порушення строків оприлюднення інформації про закупівлі;
- 4) ненадання інформації, документів у випадках, передбачених Законом;
- 5) тендерна документація складена не відповідно до вимог закону (за винятком випадків, коли порушення призвело до негативних наслідків: обмеження конкуренції тощо).

2. **Розмежування наслідків виявлення порушень різних категорій на різних стадіях закупівлі та визначення чітких способів усунення порушення.**

Розмежувати на законодавчому рівні наслідки вчинення та виявлення суттєвих та менш суттєвих правопорушень для подальшого ходу закупівлі – залежно від виявлення таких порушень на різних стадіях закупівлі.

Зокрема, в разі виявлення порушення на стадії, коли його можливо виправити без відміни закупівлі та без розірвання договору про закупівлю, замовник має виправити порушення в доступний, передбачений Законом спосіб (наприклад, внести зміни до тендерної документації, оприлюднити інформацію, скасувати рішення про відхилення тощо).

У разі виявлення порушення на стадії процедури закупівлі, коли його неможливо виправити у передбачений Законом спосіб, окрім як шляхом відміни закупівлі або розірвання договору, враховується категорія порушення:

- **якщо порушення належить до переліку суттєвих**, то ОДФК зобов'язує замовника відмінити процедуру закупівлі або розірвати договір. А якщо порушення пов'язано зі змістом договору про закупівлю, ОДФК зобов'язує замовника ініціювати внесення відповідних змін до договору про закупівлю, щоб погодити його з чинним законодавством. Для того щоб вимога ОДФК щодо розірвання договору узгоджувалася зі змістом договору та чинним законодавством, необхідно передбачити в Законі, що проект договору про закупівлю обов'язково має містити умову про обов'язок сторін розірвати договір у разі встановлення такого зобов'язання у висновку за результатами моніторингу.
- **якщо порушення не належить до переліку суттєвих**, то ОДФК надає замовнику рекомендацію щодо недопущення порушень у його подальшій закупівельній діяльності. Така рекомендація не є зобов'язанням щодо усунення порушення в тій закупівлі, в якій воно було виявлено.

Окрім чіткого встановлення способів усунення порушення, до яких ОДФК можуть зобов'язати замовника, доцільно реалізувати вибір таких способів у системі Prozorro, зафіксувати ці опції як окремі поля, запровадити можливість пошуку та фільтрування висновків, у яких встановлений той чи інший спосіб усунення порушення.

3. **Нормативно визначити та втілити в ризик-індикаторах пріоритети відбору закупівель для обов'язкового та/або першочергового моніторингу.**

В умовах обмежених ресурсів ОДФК та великої кількості закупівель необхідно актуалізувати в нормативній базі перелік та сутність ризик-індикаторів, запровадити їх до електронної системи закупівель Prozorro, усунути всі технічні недоліки в їхній роботі, якщо такі будуть виявлені.

Також варто розглянути можливість запровадити такі норми:

- встановити мінімальну питому вагу моніторингів, які мають бути розпочаті кожним офісом, управлінням Держаудитслужби саме на підставі спрацювання ризик-індикаторів;
- встановити обов'язкові для моніторингу процедури закупівель за критерієм високої очікуваної вартості.

4. **Запровадити норму, згідно з якою в разі виявлення ознак суттєвих порушень процедури закупівлі та виконання договору зупиняються на період проведення моніторингів (зупинення виконання договору – не поширюється на забезпечення критично важливих потреб замовника).**

Оскільки законодавчо визначена тривалість моніторингу процедури закупівлі становить 15 робочих днів, що є навіть меншим, ніж строк оскарження процедури закупівлі у відповідній комісії Антимонопольного комітету України, вбачаємо за доцільне запровадити зупинку процедури закупівлі у разі початку моніторингу, але виключно в разі якщо моніторинг розпочато за ознаками суттєвих порушень.

Також у якості запобіжника зловживанням ОДФК можна встановити обмеження, згідно з яким моніторинг із зупинкою процедури може виконуватися щодо однієї закупівлі лише один раз.

Умова щодо зупинення процедури допоможе уникнути випадків, коли під час моніторингу замовник встигає змінити стадію процедури закупівлі та унеможливити своєчасне виправлення порушення. Наприклад, після безпідставного відхилення тендерної пропозиції замовник укладає договір з іншим учасником; і хоча ОДФК матиме право вимагати розірвання такого договору, такий спосіб усунення порушення не допоможе зберегти найбільш економічно вигідну пропозицію, оскільки в разі розірвання договору замовнику доведеться проводити процедуру закупівлі знову. Натомість у разі зупинки процедури закупівлі порушення буде виявлено своєчасно, що надасть можливість усунути його в «природний» спосіб.

Зупинення виконання договору дозволить уникнути вибуття бюджетних коштів за договорами, укладеними в результаті процедур закупівель із суттєвими порушеннями, зокрема за завищеними цінами.

5. **Обмежити фокус проведення моніторингу виключно переліком суттєвих порушень.**

В умовах обмежених ресурсів ОДФК вбачаємо за доцільне законодавчо обмежити предмет аналізу при проведенні моніторингу процедури закупівлі переліком суттєвих порушень, які було наведено вище. Для цього потрібно законодавчо визначити моніторинг як частковий аналіз закупівлі на предмет дотримання законодавства про закупівлі в межах переліку суттєвих порушень та інформації, що надійшла до ОДФК від інших органів/осіб про завдання шкоди бюджету, конкуренції, прозорості процедури закупівлі.

Для того щоб забезпечити фокус державних аудиторів саме на виявленні цих порушень, можна використати такі інструменти:

- **заборонити ОДФК під час здійснення моніторингів процедур закупівель виявляти порушення, які не належать до переліку суттєвих.** Винятком з цієї заборони можуть стати випадки, коли внаслідок вчинення порушення поза переліком було завдано шкоди бюджету замовника або правам та законним інтересам учасників. Зокрема, розпочати аналіз на наявність порушень поза межами переліку суттєвих порушень ОДФК міг би у тому випадку, якщо на його адресу надійшло звернення про таке порушення й інформація про завдання зазначеної вище шкоди.
- встановити для посадових осіб ОДФК **систему грошових премій**, розмір яких залежить від обсягу коштів, які завдяки здійсненим моніторингам було зекономлено або повернуто до бюджету.

6. **Передбачити звернення суб'єктів господарювання з інформацією про порушення в якості підстави для початку моніторингу.**

Наразі інформація від суб'єктів господарювання офіційно не належить до підстав початку моніторингу. Проте інтереси держави та інтереси суб'єктів господарювання, безумовно, мають точки перетину.

Учасники процедур закупівель та інші суб'єкти господарювання (учасники ринку) можуть мати, виявляти в системі та надавати цінну інформацію про ознаки порушень закупівельного законодавства – в тому числі й тих, що прямо порушують державні інтереси. Наприклад, учасник ринку певного високотехнологічного обладнання може виявити та надати державним аудиторам інформацію про ознаки ухилення замовника від проведення процедури відкритих торгів на його ринку. Таке ухилення може відбуватись, зокрема, шляхом поділу предмета закупівлі на частини та приховання їх під різними кодами CPV. Або, наприклад, під час конкурентної боротьби суб'єкт господарювання може бути зацікавлений у тому, щоб

до відповідальності були притягнуті винні особи в закупівлях за суттєво завищеними цінами. Так само у притягненні до відповідальності цих осіб зацікавлена держава.

Основним застереженням проти такої ідеї є побоювання, що учасники замість подати скаргу до Анти-монопольного комітету України, яка передбачає сплату адміністративного збору, будуть звертатися до органів Держаудитслужби, що є безкоштовним. Проте, на нашу думку, такий ризик є мінімальним, якщо обмежити зміст звернень інформацією про ті порушення, які не були та не могли бути предметом скарги даного суб'єкта оскарження до Антимонопольного комітету України.

7. Врегулювати в законодавстві питання забезпечення доступу ОДФК до необхідних баз даних та персональних даних.

Оскільки ОДФК повідомляють про необхідність доступу до низки баз даних, інформаційних систем, державних реєстрів, доцільно розглянути кожне джерело інформації. У частині, яка узгоджується з концепцією виявлення суттєвих порушень, потрібно врегулювати в законодавстві питання доступу ОДФК до справді необхідних джерел інформації. Зокрема, встановити обов'язки володільців таких джерел інформації щодо надання автоматизованого доступу та визначити порядок надання такого доступу.

Окрім того, для того щоб ОДФК мали можливість вживати заходів щодо притягнення винних осіб до адміністративної відповідальності, потрібно остаточно вирішити питання доступу до **персональних даних**. Для цього можливі два шляхи:

- Прямо передбачити, що ОДФК можуть спрямовувати законну вимогу надати персональні дані і не потребуватимуть згоди для їхньої обробки в цілях притягнення до адміністративної відповідальності (тоді ненадання буде точно охоплюватися складом злочину за статтею 351–1 Кримінального Кодексу України);
- Або врегулювати питання взаємодії з ДМС та ДП «Прозорро» щодо автоматизованого отримання персональних даних осіб, яких ОДФК має підстави притягнути до адміністративної відповідальності (або спрямувати протокол до суду).

8. Усунути прогалини в правовому регулюванні варіантів правомірної реакції замовника на висновок моніторингу та їхніх наслідків.

Наразі норми Закону передбачають кілька варіантів правомірної поведінки замовника, для того щоб відреагувати на висновок моніторингу. Деякі з них при цьому не звільняють його від відповідальності (інформування про неможливість усунення порушень, заперечення проти висновку). Тож доцільно переглянути ці варіанти та наслідки, які мають наставати в разі, якщо замовник їх обере.

- Варіант повідомлення замовником про те, що неможливо усунути порушення, буде доцільно виключити з варіантів реакції. Адже в разі запровадження пропонованого нами концепту зобов'язувати усунути порушення державні аудитори будуть саме у випадках, коли його можливо усунути. Спосіб усунення буде відповідати суті порушення та стадії закупівлі.
- Варіант спрямування обґрунтованих заперечень потрібно доопрацювати, передбачивши, в якому порядку та в які строки ОДФК має опрацювати заперечення, оцінивши їх та передбачивши звільнення замовника від відповідальності в разі, якщо ОДФК за результатами опрацювання заперечень скасує свій висновок.

9. Урегулювати подальші дії замовника та ОДФК після судового оскарження, а також запровадити відображення інформації про судову справу в Prozorro.

Необхідно регламентувати подальші дії сторін у випадках, коли замовник подав адміністративний позов, але суд відмовив у відкритті провадження або відмовив у задоволенні позову. Встановити строки, протягом яких відновлюється строк виконання зобов'язань, визначених у висновку.

Окрім того, доцільно запровадити синхронізацію електронної системи закупівель Prozorro з порталом «Судова влада» (в частині відомостей про стадію розгляду судової справи) та Єдиним державним реєстром судових рішень. Це мінімізувало би потреби сторін вносити інформацію про судові справи власноруч та знизило би ризик зловживань.

10. Забезпечити моніторинг закупівель у частині формування потреби та очікуваної вартості предмета закупівлі.

З метою контролю за ефективністю витрачання публічних коштів, варто включити питання формування потреби та очікуваної вартості предмета закупівлі в фокус контролю. Напрямом для подальших

досліджень може стати створення ефективного механізму контролю в цьому питанні. Передумовами можуть стати такі кроки:

- оновити правила формування очікуваної вартості закупівлі та ціни прямого договору;
- встановити обов'язок замовників оприлюднювати інформацію та документи, що підтверджують законність формування вартості в системі Prozorro;
- посилити можливості ОДФК щодо оцінки, чи дотримано порядок формування вартості, чи не були ціни предмета завищеними, зокрема із залученням необхідних спеціалістів, ресурсів, баз даних тощо;
- встановити виключний перелік кодів ЕСЗ, за якими замовники не зобов'язані обґрунтовувати потребу (найпростіші товари та послуги), а для інших кодів – в умовах воєнного стану – передбачити необхідність обґрунтування потреби в здійсненні закупівлі;
- передбачити можливість моніторингу ОДФК закупівлі в частині необґрунтованості потреби та недотримання механізму ціноутворення, зокрема за зверненням громадських організацій у системі Prozorro.

Такі кроки неминуче призведуть до дискусій та потребують виваженого підходу, однак в умовах воєнного стану та задля ефективного спрямування коштів на відбудову України, своєчасний та результативний контроль у цих питаннях є суспільною потребою.