



ПРОБЛЕМИ ЗАХИСТУ ПРАВ УЧАСНИКІВ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ

Олефір Андрій Олександрович,

канд. юрид. наук,
асистент кафедри цивільного, господарського
та екологічного права,

Полтавський юридичний інститут
Національного юридичного університету
імені Ярослава Мудрого,

Україна, м. Полтава

e-mail: andrii.olefir@gmail.com

ORCID 0000-0003-2419-3030

Досліджено проблеми захисту прав учасників публічних закупівель на різних етапах проведення тендерів зі здійсненням юридичної кваліфікації діянь та проаналізовано судову практику. Визначено «слабкі місця» закону, на підставі яких замовники та учасники можуть зловживати своїми правами, з метою їх усунення розроблено пропозиції до законодавства.

Ключові слова: публічні закупівлі; тендери; замовники; судова практика; зміна договору про закупівлю.

Актуальність проблеми. Історично сфера публічних закупівель є однією з найбільш корупційних. Так, за оцінками експертів, втрати від корупції та недостатньої конкуренції в Україні становлять не менше 50 млрд грн на рік [1]. За даними Transparency International Ukraine, 13,8 % закупівель медичних закладів Києва здійснювались у 2016 р. не прозоро [2]. Це зумовлено низкою факторів. По-перше, у працівників державних організацій, зазвичай, немає власної зацікавленості в економії коштів [3]. По-друге, державні закупівлі – це великий товарний ринок, що в розвинених країнах становить 10–15 % ВВП, а в тих, що розвиваються, – до 20 % ВВП [3]. По-третє, відносно «простими» є схеми відкатів, середній розмір яких у медичній сфері, за неофіційною інформацією, складає 5–10 % ціни договору, а подекуди може обмежуватися «подарунком» канцелярських товарів та ін.

Для держави позитивний ефект, а отже, економія від успішного функціонування системи електронних публічних закупівель виявляється у

залученні максимально можливої кількості учасників для підвищення рівня конкуренції та отриманні найменшої ціни за товари, роботи, послуги [4]. Тому метою регулювання сектору державних закупівель є відтворення на ньому принципів конкурентності й прозорості, що властиві приватним ринкам [3]. З огляду на це не можна погодитися з авторами, які називають низький рівень присутності іноземних компаній на ринку публічних закупівель суттєвою перешкодою для ефективних публічних закупівель в Україні [5].

Науковці виділяють такі ризики при проведенні закупівель: 1) техніко-технологічного характеру (збій синхронізації інформаційно-телекомунікаційної системи майданчика з центральною базою даних тощо); 2) ринкового середовища (коливання курсів валют); 3) безпеки (інформаційної, фінансово-економічної); 4) персоналу (низький рівень підготовки кадрів, недобросовісне виконання посадових обов'язків працівниками); 5) політичні (зміна законодавства); 6) криміногенні (несанкціонований доступ до системи) [4]. Втім, цей перелік не є вичерпним, а зловживання можуть мати місце на кожному етапі проведення закупівель і, подекуди, складно довести їх протиправність з огляду на формальну легальність. Це свідчить про важливість постійного вдосконалення закупівельного механізму.

Аналіз останніх джерел і публікацій. Удосконалення правового регулювання сфери публічних закупівель є складним завданням, особливо що стосується гарантій захисту прав учасників тендерів. Незважаючи на те, що проблематика закупівель активно досліджується як практиками, так і теоретиками, зокрема такими, як Я. В. Горбатюк, О. В. Ключак, І. Й. Круп'як, Д. Є. Мартинович, О. С. Мельников, Г.С. Севостьянова, Н. Б. Ткаченко, низка питань потребують подальшого вивчення та аналізу.

Мета статті – дослідити проблеми захисту прав учасників публічних закупівель на різних етапах проведення тендерів та здійснити юридичну кваліфікацію діянь крізь призму судової практики.

Виклад основного матеріалу. Як уже зазначалося, проблеми можуть виникати на кожному етапі здійснення публічних закупівель.

Так, на *Етапі планування закупівель* дослідники називають такі:

1. *Порушення при визначенні предмета закупівель*:

а) надмірна деталізація, що передбачає встановленням специфічних вимог, які не призводять до отримання замовником матеріально-технічних або організаційних переваг, але можуть бути виконані лише обмеженим колом суб'єктів господарювання;

б) безпідставне проведення закупівлі робіт, коли ціна обладнання є вищою за вартість самої роботи, оскільки в цьому разі максимальна вартість допорогових закупівель становить майже 1,5 млн грн;

в) посилення в тендерній документації на певну торговельну марку, якщо предмет закупівлі можна описати за видовими ознаками (наприклад, придбання автомобіля). Винятком є випадки, коли замовник купує приналежність для головної речі й змушений вказати в тендерній документації знак для товару, наприклад, з метою придбання сумісного з медичним виробом витратного матеріалу за умови, якщо матеріали інших виробників не можна взагалі використовувати з обладнанням або якщо таке використання призведе до некоректної роботи чи зменшення вартості головної речі. У такому разі обмеження конкуренції буде обґрунтованим, що слід пояснити в тендерній документації;

г) приховування предмета закупівлі шляхом використання неправильних позначень класифікаторів, допущення граматичних помилок, завантаження неякісних файлів, що є порушенням п. 18 ч. 1 ст. 1 Закону України «Про публічні закупівлі» від 25.12.2015 р. № 922-VIII (далі – Закон) [6];

д) абстрактні вимоги до товару, роботи чи послуги, а також стосовно подання тендерної пропозиції у довільній формі.

На думку господарського суду, порушенням ст. 22 Закону є те, що в документації конкурсних торгів наведено лише загальне найменування робіт, а інформація про необхідні технічні, якісні та кількісні характеристики предмета закупівлі, в тому числі технічна специфікація, була відсутня [7].

2. *Порушення, пов'язані з поділом предмета закупівлі на лоти*:

а) визначення багатьох лотів без реальної потреби на це, що фінансово дестимулює малий і середній бізнес брати участь у тендерах, оскільки плата за це і витрати на супровідні послуги (підготовка документації, робота юристів і економістів) не компенсуються за рахунок гіпотетичних прибутків. Водночас визначення лотів у межах єдиної процедури закупівлі здійснюється замовниками самостійно та є їх правом, а не обов'язком. Якщо ж відбулися відкриті торги і за одним із лотів торги відмінено чи визнано такими, що не відбулися, та вартість закупівлі є меншою відповідних вартісних меж, замовник здійснює закупівлю без застосування передбачених законом закупівельних процедур [8]. У цьому контексті заслуговує на увагу досвід Португалії та Великої Британії, де замовники, а не учасники, сплачують за користування електронною системою [9];

б) об'єднання в один лот різних товарних груп (наприклад, лікарських засобів і медичних виробів). Так, в одній із справ закупівля чотирьох позицій медичних виробів здійснювалася замовником без поділу предмета на лоти, що призвело до обмеження прав тих суб'єктів господарювання, які не можуть одночасно запропонувати до постачання всі види контейнерів. Окрім цього, вимога замовника про надання гарантійного листа товаровиробника або його представника призводить до дискримінації учасників та обмеження конкуренції, оскільки лише одна компанія – ексклюзивний представник виробника Maso Pharma (Франція) в Україні – вирішує, кого допустити до процедури закупівлі, шляхом надання гарантійного листа [10].

3. Несвоєчасне внесення змін до річного плану закупівель, що зумовлено прогалинами в законодавстві. У ст. 4 Закону зазначено, що річний план, додаток до нього та зміни до них безоплатно оприлюднюються протягом 5 днів з дня їх затвердження. Проте не визначено момент у часі, коли план має бути затверджений та в які строки слід вносити зміни. Тому не можна сперечатися з твердженням, що Закон не відображає весь організаційний процес проведення закупівель [11].

Деяку ясність у це питання вносить лист Міністерства економічного

розвитку і торгівлі України, зокрема:

– форма внесення змін до річного плану, періодичність і характер таких змін (зміна очікуваної вартості, предмета, строків тощо) законодавством не визначені та не обмежені. Тому зміни вносять відповідно до фінансування та потреб;

– підставами для внесення змін до річного плану є: виникнення додаткової потреби, яку замовник не міг передбачити; виділення додаткових коштів; перерозподіл коштів, зекономлених внаслідок проведення закупівель; розірвання договору про закупівлю та необхідність здійснити нову закупівлю [12].

На практиці замовники, як правило, плани закупівель складають і затверджують на підставі кошторису, фінансового плану. Внаслідок цього при одержанні власних надходжень до спеціального фонду замовник в усіх випадках вносить зміни до плану закупівель і проводить допорогові тендери. Натомість при розрахунку очікуваної вартості слід виходити з відповідних потреб у минулих роках з урахуванням економічних факторів [12].

4. Значна кількість запитань, що виникають у замовників, пов'язані з проведення допорогових закупівель, що пояснюється, насамперед, спрощеним порядком їх проведення. Втім Закон висуває, хоча й мінімальні, але вимоги до їх проведення, зокрема:

– якщо вартість закупівлі є меншою за 200 тис. грн для товарів і послуг, 1,5 млн грн – для робіт, замовники вільні у визначенні способу укладення договору про закупівлю;

– замовники повинні дотримуватися принципів здійснення закупівель, тому при укладенні договору мають забезпечити (а) конкуренцію між реальними (без ознак фіктивності) постачальниками, не пов'язаними між собою, та, принаймні, (б) середньо ринкову ціну продукції;

– оприлюднення звіту про укладений договір;

– замовник не має права купувати однотипні товари без проведення процедур закупівель (ділити предмет на частини з метою уникнення

застосування процедур закупівель), за винятком випадків, якщо є підстави для внесення змін до річного плану, зазначені вище. У цьому разі не враховуються здійснені закупівлі за тим же предметом у поточному році, за якими укладені відповідні договори [12];

– здійснення закупівель у таких випадках має бути обґрунтованим і документально підтвердженим [12];

– замовники мають затверджувати як річний план закупівель, так і додаток до нього, до якого вноситься інформація про допорогові закупівлі відповідно до наказу Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 22.03.2016 р. № 490 [13].

Незважаючи на те, що суди у своїх рішеннях [14] посилаються на наказ ДП «Зовнішторгвидав України» від 13.04.2016 р. № 35 [15], мають місце сумніви щодо прямої дії цього документа та наявності у державного підприємства повноважень урегулювати ці правовідносини. Адже згідно з п. 1.1 наказу [15] умови даного Порядку мають бути враховані операторами при затвердженні власних регламентів, які й визначають порядок допорогових закупівель.

Іншою особливістю проведення допорогових закупівель є «безкарність» недобросовісних замовників, адже їх правопорушення рідко оскаржуються до Антимонопольного комітету України через непропорційно високу вартість подання скарги порівняно з ціною тендеру.

5. Основним порушенням при складанні тендерної документації є формування її вимог під певного учасника або продукцію шляхом:

– встановлення у тендерній документації вимог, що суперечать Закону, наприклад, вимога надати документи, не передбачені законодавством (санітарний паспорт на автомобіль або санітарно-епідеміологічний висновок), що суперечить ч. 4 ст. 16 Закону, або вимога про надання зразків продукції до проведення аукціону, що суперечить ст. 27 цього Закону;

– необхідність подання учасниками невиправдано складних документів (непропорційно тривалі строки або висока плата при їх отриманні, що може

бути доступним лише для великих підприємств);

– вимоги про надання чисельних документів, що містять персональні дані, але не мають безпосереднього стосунку до тендеру (копії всього штатного розпису, всіх сторінок паспорту громадянина та ін.), а також даних про корпоративні права, перелік обладнання та іншого майна.

У таких випадках замовники, як правило, посилаються на ч. 3 ст. 22 Закону. У свою чергу, ст. 5 і ч. 4 ст. 22 цього Закону прямо забороняють замовникам встановлювати дискримінаційні вимоги до учасників.

Варто наголосити, що тендерна документація має відігравати важливу роль у забезпеченні належного якісного рівня предмета закупівлі, особливо якщо єдиним критерієм оцінки є ціна. Одним із наслідків впровадження ProZorro стало посилення локальних монополій у сфері закупівель, що мають потужні юридичні служби, значні фінансові можливості та подекуди вдаються до демпінгу для усунення конкурентів. Науковці зазначають, що відсутність жорстких вимог при проведенні допорогових закупівель спонукає учасників з метою перемоги в аукціоні демпінгувати в ціні за рахунок якості [11]. Тому частими є поставки продукції низької якості, особливо в найбільш «економних» тендерах. Подекуди доводиться спостерігати зворотний феномен: замовники зацікавлені у проведенні допорогових (прямих) закупівель, без відкатів, для придбання якісної продукції. Незважаючи на інформацію щодо економії за допомогою ProZorro [16], автори критикують використання показника економії державних витрат, що може бути досить необ'єктивним через суперечливість визначення початкової ціни контракту [17], звертаючи увагу на доцільність розробки іншої методики оцінювання результативності електронних закупівель [9].

6. Встановлення вимоги про подання деяких документів учасниками у друкованому вигляді до дати розкриття тендерних пропозицій і в подальшому, у разі їх неподання, відхилення пропозицій на підставі невідповідності умовам тендерної документації. Ця вимога суперечить ч. 1 ст. 25 Закону, згідно з якою тендерна пропозиція подається в електронному вигляді через електронну систему закупівель, у тому числі з завантаженням необхідних документів. Така

позиція відповідає думці науковців, які пов'язують зниження рівня корупції та підвищення конкуренції з використанням електронної системи закупівель [18].

У наказі ДП «Зовнішторгвидав України» від 13.04.2016 р. № 35 [15] ці правовідносини врегульовані більш чітко: у пунктах 1.7 і 1.8 зазначено, що всі документи й відомості, пов'язані з проведенням закупівель, у тому числі з поданням пропозицій, надаються в електронному вигляді через систему; замовник може вимагати копії документів у паперовому вигляді, що були надані в електронному вигляді, лише в учасника, який перебуває у статусі «кваліфікація» або «переможець». Оскільки відносини зі здійснення допорогових закупівель є подібними до проведення відкритих торгів, а також мають місце інші ознаки, визначені в листі Міністерства юстиції України від 30.01.2009 р. № Н-35267-18 [19], то можна застосувати аналогію закону.

В одній із справ Господарський суд дійшов висновку, що ч. 2 ст. 22 Закону містить вичерпний перелік інформації, яка має бути розміщена у документації конкурсних торгів, і не допускає ніяких відсилок, зокрема, про можливість ознайомлення з проектом робіт за певною адресою [7].

7. Закріплення в проекті договору про закупівлю таких умов, що дестимулюють добросовісних постачальників брати участь у тендері, зокрема:

– завищення строку оплати за поставлену продукцію, наприклад, «до 31.12.2017 р.» або «оплата проводиться протягом 100 днів з дати відвантаження продукції»;

– встановлення складних для виконання постачальником строків поставки, наприклад, «постачальник повинен доставити продукцію за заявкою замовника протягом 24 годин»;

– непропорційно суворі штрафні та оперативно-господарські санкції за порушення договірних зобов'язань постачальником. Подібні умови дають змогу замовнику застосовувати їх з «репресивною» метою вибірково щодо певних учасників. Утім, такі зловживання правами формально відповідають вимогам законодавства про закупівлі. В одному з рішень господарський суд підтвердив, що законодавством не передбачені обмеження щодо встановлення

замовниками строків поставки товарів при їх закупівлі. Тому умова щодо постачання товару протягом 3 (трьох) робочих днів з моменту одержання письмової заявки або заявки в іншій формі не є дискримінаційною та не обмежує коло учасників закупівлі [20].

На *Етапі проведення закупівлі*:

1. Замовник не відхиляє тендерну пропозицію, проводячи «поверхову» перевірку, всупереч тому, що для цього є підстави (наприклад, переможцем визнається ФОП, який не відповідає кваліфікаційним вимогам та в подальшому неналежним чином виконує договір про закупівлю), або, навпаки, відхиляє без належних на те підстав [21].

Крім того, деякі підстави для відмови в участі у закупівлі можуть недобросовісно використовуватися, зокрема, передбачені п. 1 ч. 1 ст. 17 (незрозуміло, що є «незаперечним доказом» і яким чином замовник оцінює докази) і ч. 2 ст. 17 Закону (по-перше, не має значення сума заборгованості, а, по-друге, замовник не зобов'язаний приймати рішення про відмову). Також замовник може посилається на формальні (несуттєві) помилки в пропозиціях, якщо перелік таких неточностей не був закріплений у тендерній документації.

Судова практика свідчить про значну кількість таких правопорушень, що вчиняються як замовниками, так і учасниками. В одній із справ судом було встановлено, що переможець тендеру, з яким укладений договір, був зареєстрований як ФОП після укладення договорів оренди транспортного засобу та приміщення, що були надані для підтвердження відповідності кваліфікаційним вимогам [22]. В інших справах учасники підробляли довідки про наявність працівників відповідної кваліфікації та наявність обладнання, матеріально-технічної бази без відповідних номерів і дат [23], та акти прийому виконаних будівельних робіт, із зазначенням у них завідомо неправдивих відомостей про обсяг виконаних робіт [24].

Щодо кваліфікації дій замовника, то голову тендерного комітету було визнано винним у вчиненні злочину, передбаченого ч. 2 ст. 367 КК України, зокрема, через такі порушення Закону:

– застосовано переговорну процедуру без належних на те підстав (перший раз відмінено у зв'язку з поданням менше двох пропозицій, а другий – у зв'язку з відхиленням двох тендерних пропозицій, окрім того, режим надзвичайної ситуації у місті не вводився, форс-мажорних обставин не було зафіксовано);

– прийняття автомобіля, який за своїми якісними характеристиками не відповідає умовам договору, технічному завданню тендерної документації, та не може експлуатуватися за призначенням разом із додатковим навісним обладнанням [25].

З наведеного виходить, що для перевірки відповідності учасника вимогам тендерної документації замовникам слід вимагати первинні документи, що підтверджують фактичне здійснення господарської операції, а не лише договір. В одній із справ для підтвердження кваліфікаційної відповідності учасники мали довести наявність обладнання, транспорту у кількості не менше двох автомобілів). Переможець надав копію договору оренди приміщення та договору оренди одного легкового автомобіля, проте копії актів приймання-передачі приміщення та автомобіля, які б підтверджували фактичне перебування у його користуванні орендованого майна, надані не були, що і стало однією з підстав для визнання недійсним рішення тендерного комітету. При цьому суд не взяв до уваги те, що між замовником і учасником була укладена додаткова угода, за умовами якої сторони дійшли згоди про розірвання договору купівлі-продажу у зв'язку із допущеними порушеннями при проведенні закупівлі [22].

2. Посилений контроль і затягування процедури приймання замовником поставленої продукції (проведення лабораторних та інших випробувань товарних зразків).

3. Антиконтурентні узгоджені дії постачальників під час аукціону, коли один із учасників пропонує необґрунтовано низьку ціну, тим самим «відлякуючи» інших учасників, а в подальшому відмовляється надати необхідні документи або підписати договір. На практиці виявлення та доказування факту

змови на торгах є складним завданням. Учасники змови, зазвичай, не укладають угод, а сам факт існування картелю ретельно приховується. Разом з тим, на ринках, де утворився картель, покупці можуть знати або здогадуватись про його існування. У більшості випадків картель проявляє себе через нестандартну нелогічну з точки зору ринку поведінку [21]. Наприклад, це може бути відмова від підписання договору. Для запобігання таким «схемам» замовникам доцільно вимагати від учасників забезпечення тендерної пропозиції, яка згідно зі ст. 24 Закону не повертається у разі ненадання переможцем документів, що підтверджують відсутність підстав для відмови в участі у процедурі закупівлі.

Згідно з оглядовим листом Вищого господарського суду України, безпідставно ототожнивши формальну кількість учасників торгів та їх пропозицій із змагальністю. Натомість правове значення для кваліфікації дій суб'єктів господарювання – учасників конкурсу як антиконкурентних узгоджених має фактична відсутність конкурсу внаслідок узгодження учасниками своєї поведінки [26]. В одному з рішень Територіальне відділення Антимонопольного комітету України встановило факт вчинення учасниками закупівлі антиконкурентних узгоджених дій на підставі таких обставин:

- схожі в оформленні і зовнішньому вигляді пропозиції (однакове розміщення тексту, стиль викладу матеріалів);
- надання в один день (останній день) супровідних документів;
- ідентичні довідки, складені у довільній формі, щодо наявності обладнання та матеріально-технічної бази, з однаковою назвою «Обладнання та матеріально-технічна база виробництва»;
- довідки про відсутність заборгованості з податків і зборів замовлені та отримані в один день;
- між правопорушниками поза межами торгів існують господарсько-правові відносини;
- однаковий розмір планового прибутку, а також аналогічні окремі статті витрат, включені до вартості предмета закупівлі та ін. [27].

4. Зміна тендерної документації напередодні проведення аукціону, що створює суттєві перешкоди для учасників, оскільки за 7 днів (згідно зі ч. 2 ст. 23 Закону) може бути складно виконати нові вимоги замовника (наприклад, одержати документ про якість продукції). Водночас «потрібних» постачальників замовник може повідомити заздалегідь.

5. Зловживання при встановленні такої кваліфікаційної вимоги, як «підтвердження досвіду виконання аналогічних договорів», без чітких або, навпаки, з зазначенням дискримінаційних критеріїв, що надає змогу оцінювати пропозиції суб'єктивно. В одній із справ Антимонопольний комітет України встановив, що замовник не довів та документально не підтвердив необхідність встановлення такої кваліфікаційної вимоги, як надання учасниками копій аналогічних договорів з бюджетними установами стосовно надання послуг гарячого харчування (послуги їдалень) протягом бюджетного року, тому така вимога є дискримінаційною і суттєво обмежує коло можливих учасників закупівлі [21]. Вищий господарський суд України підтвердив правомірність рішення замовника про дискваліфікацію учасника з підстав не відповідності пропозиції вимогам тендерної документації, зокрема: не було надано акт звіряння, що підтверджує досвід належного виконання аналогічної роботи за договором за бюджетні та/або комунальні кошти за минулий період [14].

6. Замовник може зловживати правом надавати роз'яснення щодо змісту тендерної документації шляхом надання неповної, такої, що не відповідає дійсності, інформації у відповідь на запитання учасників закупівлі. Такі дії, як і неоприлюднення або порушення порядку оприлюднення інформації про закупівлю, підпадають під ст. 164¹⁴ КУпАП [28]. Так, головного бухгалтера сільської ради було притягнуто до адміністративної відповідальності за не оприлюднення звітів про укладені договори в системі електронних закупівель на підставі матеріалів позапланової ревізії [29].

Як учасники, так і замовники часто не надають суду належних доказів вчинення (не вчинення) тих або інших дій, зокрема, суд визнав безпідставними посилення позивача на те, що йому представниками відокремленого підрозділу

замовника не надано кошторисної документації, а замість неї було надано дефектний акт, оскільки він не довів, що звертався туди та йому був наданий цей акт [7].

На Етапі виконання договору:

1. Замовники проводять оплату продукції, що фактично не була поставлена. Так, директор бюджетної установи (замовника) був визнаний винним за вчинення злочину, передбаченого ч. 2 ст. 366 КК України, за підписання завідомо неправдивих видаткових накладних про отримання товару, хоча даний товар на склад замовника не поступав [30]. В іншій справі сільський голова до отримання предмета закупівлі передав до оплати платіжні доручення, а для підтвердження неіснуючого факту поставки товару підписав акт приймання-передачі товару і видаткову накладну [31].

2. Замовник не застосовує штрафні чи оперативно-господарські санкції за порушення виконання договору про закупівлю учасником, який може затягувати виконання робіт для підвищення ціни договору або постачати неякісну продукцію, що часто є підтвердженням досягнення між замовником і постачальником змови, на підставі якої замовник стає «залежним» від останнього.

3. У разі, якщо замовник не бажає укласти чи виконувати договір із певним постачальником, він може скористатися своїми правами, закріпленими у ч. 1, 2 ст. 31 і ст. 36 Закону (відміна торгів у разі відсутності подальшої потреби в закупівлі або скорочення видатків замовника, а також зміна істотних умов договору у разі зменшення обсягів закупівлі, зокрема з урахуванням фактичного обсягу видатків замовника) [6].

Вищий господарський суд України, розглядаючи справу, в якій після оприлюднення повідомлення про намір укласти договір про закупівлю замовник прийняв рішення про відміну торгів у зв'язку з відсутністю подальшої потреби в закупівлі, дійшов висновку про незаконність дій замовника, оскільки акцепт пропозиції конкурсних торгів зумовлює виникнення обов'язку в замовника укласти відповідний договір з переможцем,

а в останнього – право вимагати укладення відповідного договору, тоді як повноваження замовника відмінити процедуру закупівлі після акцепту пропозиції законом прямо не передбачені. Акцепт може бути відкликаний акцептантом, але за умови, що таке відкликання (відміна) акцепту, в даному випадку відміна торгів, буде здійснене до моменту одержання оферентом (позивачем) відповіді про прийняття пропозиції (акцепту) [32]. Водночас мають місце випадки, коли тендерні пропозиції відхиляють через неухважність самих учасників. Так, в одній із справ учасник неправильно визначив дату початку перебігу строку дії забезпечення тендерної пропозиції. Оскільки датою розкриття тендерних пропозицій було 14.12.2016 р., а за приписами ст. 253 ЦК України перебіг строку починається з наступного дня після відповідної календарної дати, то 90-денний строк дії забезпечення тендерної пропозиції обліковується з 15.12.2016 р. по 14.03.2017 р. (включно), тоді як термін дії наданої учасником банківської гарантії встановлено у 89 днів по 13.03.2017 р. (включно), таким чином не було дотримано вимог тендерної документації щодо надання гарантії з 90-денним строком дії забезпечення тендерної пропозиції [33].

4. Необґрунтоване підвищення ціни або зміна інших істотних умов договору про закупівлю. У цьому контексті доцільно звернути увагу на особливості внесення змін до договору про закупівлю, а саме:

– замовник укладає договір відповідно до вимог тендерної документації та пропозиції учасника-переможця, в якій фіксується ціна договору. Хоча постачальник має обмежені можливості щодо зміни положень договору, крім ціни, він має право звернутися до замовника з вимогою усунути порушення, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації, тобто внести зміни до договору. Крім цього, положення тендерної документації можуть бути оскаржені до Антимонопольного комітету України або до суду [34];

– замовник не має права змінити ціну, запропоновану переможцем аукціону, а якщо умови укладеного договору відрізняються від змісту акцептованої пропозиції, то такий договір вважається нікчемним. З цього слідує,

що вимога замовника до учасників щодо надання в тендерній пропозиції підтвердження згоди з проектом договору не має правового значення, оскільки замовник погоджується з умовами проекту договору, що є частиною тендерної документації, коли подає тендерну пропозицію. Водночас відповідні положення тендерної документації не визнаються порушенням прав учасника закупівлі [20];

– для зміни умов договору про закупівлю з підстав, закріплених у ч. 2 ст. 35 Закону, в тексті договору має бути визначений порядок внесення таких змін (з зазначенням належних підстав), бажано, з переліком документів, що підтверджують факт настання тих або інших обставин;

– аргументом проти підвищення ціни договору з ініціативи постачальника для замовника може бути припис п. 10 ч. 2 ст. 22 Закону. При цьому необхідно критично ставитися до довідок Державної служби статистики України щодо цін, оскільки часто вони не відображають реальні оптові ціни, чим користуються недобросовісні постачальники та замовники для «обґрунтування» завищених цін.

Висновки. З огляду на те, що механізм публічних закупівель містить значну кількість положень, на підставі яких замовники та учасники можуть зловживати своїми правами, подекуди формально не порушуючи закон, слід визначити основні напрями удосконалення закупівельного законодавства: 1) запровадити принцип пропорційності тендерних вимог до ціни та складності предмета закупівлі; 2) знизити вартісні пороги допорогових закупівель і покласти на замовників обов'язок оприлюднювати оголошення про проведення будь-якої допорогової закупівлі; 3) встановити залежність між ціною тендеру та розміром плати за оскарження процедури закупівлі до Антимонопольного комітету України; 4) затвердити правила оцінки досвіду виконання аналогічних договорів учасниками, разом із переліком документів, що підтверджують наявність такого досвіду; 5) затвердити галузеві стандарти з підготовки тендерної документації; 6) закріпити чітку заборону подання будь-яких документів і відомостей, пов'язаних з проведенням закупівель, у письмовому вигляді до дати розкриття тендерних пропозицій. Крім цього, на локальному

рівні в положенні про тендерний комітет доцільно визначати права та обов'язки всіх його членів, з покладенням на одного з працівників обов'язку проводити моніторинг цін і якості товарів, робіт і послуг, які закуповує організація.

Список літератури:

1. Корупція в державних закупівлях: хто і чому боїться прийняття Закону «Про публічні закупівлі». *Міністерство економічного розвитку і торгівлі України*. SlideShare. Dec. 21, 2015. URL: <https://www.slideshare.net/UAR reforms/ss-56344275> (дата звернення: 27.12.2017).
2. Голубов О. Обійти ProZorro. Як корупціонери вчаться «схем» по-новому. *FINANCE.UA*. 24.10.2017. URL: <https://news.finance.ua/ua/news/-/413196/objity-prozorro-yak-koruptsiyery-vchatsya-shem-po-novomu> (дата звернення: 27.12.2017).
3. Мельников О. С. Особливості публічних закупівель як об'єкта державного регулювання економіки. *Теорія і практика державного управління*. 2016. № 1 (52). С. 1–7.
4. Ключак О. В. Діагностика участі підприємства в електронних публічних закупівлях: аспект логістичного управління. *Проблеми економіки*. 2017. № 1. С. 203–210.
5. Круп'як І. Й. Особливості функціонування системи публічних закупівель в умовах трансформації сучасних економічних процесів. *Глобальні та національні проблеми економіки*. 2017. Вип. 18. С. 458–462.
6. Про публічні закупівлі: Закон України від 25.12.2015 р. № 922-VIII. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/922-19> (дата звернення: 27.12.2017).
7. Рішення Господарського суду Харківської області від 24.09.2015 р., судова справа № 922/3976/15. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53022876> (дата звернення: 27.12.2017).
8. Лист Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 02.08.2017 р. № 3304-06/26774-06. URL: <http://www.me.gov.ua/InfoRez/DocumentsList?lang=uk-UA&id=f2e30594-ba6c-420f-9c24-2a852415a884&tag=InfarezKnowledgeDb> (дата звернення: 27.12.2017).
9. Ткаченко Н. Б. Електронні публічні закупівлі: досвід країн ЄС та впровадження його в Україні. *Актуальні проблеми економіки*. 2016. № 10 (184). С. 471–477.
10. Постанова Окружного адміністративного суду м. Києва від 21.04.2016 р., судова справа № 826/10181/15. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/57492644> (дата звернення: 27.12.2017).
11. Севостьянова Г. С. Сучасний стан нормативно-правового забезпечення публічних закупівель в Україні. *Науковий вісник Ужгородського національного університету. Серія: Міжнародні економічні відносини та світове господарство*. 2016. Вип. 10, ч. 2. С. 91–96.
12. Лист Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 14.09.2016 р. № 3302-06_29640-06. URL: <http://www.me.gov.ua/InfoRez/DocumentsList?lang=uk-UA&id=f2e30594-ba6c-420f-9c24-2a852415a884&tag=InfarezKnowledgeDb&pageNumber=6&fCtx=inName&fSort=date&fSdir=desc> (дата звернення: 27.12.2017).
13. Про затвердження форм документів у сфері публічних закупівель: наказ Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 22.03.2016 р. № 490. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0449-16> (дата звернення: 27.12.2017).
14. Постанова Вищого господарського суду України від 02.08.2017 р., судова справа № 908/3256/16. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/68090867> (дата звернення: 27.12.2017).
15. Про затвердження Порядку здійснення допорогових закупівель: наказ державного підприємства «Зовнішторгвидав України» від 13.04.2016 р. № 35. URL: <http://www.ua-tenders.com/legislation/orders/248043/> (дата звернення: 27.12.2017).
16. ProZorro зекономила більше 16,7 мільярда гривень. *Економічна правда*. 13.05.2017 р. URL: <https://www.epravda.com.ua/news/2017/05/13/624777/> (дата звернення: 27.12.2017).

17. Мартинович Д. Є. Аналіз ефективності публічних закупівель як інструменту державної допомоги. *Інвестиції: практика та досвід*. 2016. № 18. С. 70–76.
18. Горбатюк Я. В. Правова характеристика процедур публічних закупівель за Законом України «Про публічні закупівлі». *Юридичний вісник*. 2016. № 3 (40). С. 132–137.
19. Щодо порядку застосування нормативно-правових актів у разі існування неузгодженості між підзаконними актами: лист Міністерства юстиції України від 30.01.2009 р. № Н-35267-18. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v3526323-09> (дата звернення: 27.12.2017).
20. Постанова Київського апеляційного господарського суду від 15.05.2014 р., судова справа № 910/13820/13. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/38810465> (дата звернення: 27.12.2017).
21. Звіт Антимонопольного комітету України за 2016 рік. URL: <http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=133712&>.
22. Рішення господарського суду Сумської області від 28.02.2017 р., судова справа № 920/77/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/65071774> (дата звернення: 27.12.2017).
23. Вирок Конотопського міськрайонного суду Сумської області від 09.03.2016 р., судова справа № 577/2881/13-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56334699> (дата звернення: 27.12.2017).
24. Вирок Фрунзівського районного суду Одеської області від 20.02.2017 р., судова справа № 1531/1107/2012. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/64840140> (дата звернення: 27.12.2017).
25. Вирок Лисичанського міського суду Луганської області від 19.09.2017 р., судова справа № 415/1739/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/69202891> (дата звернення: 27.12.2017).
26. Оглядовий лист Вищого господарського суду України від 24.12.2014 р. № 01-06/2304/14. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v2304600-14> (дата звернення: 27.12.2017).
27. Рішення Господарського суду Харківської області від 06.11.2017 р., судова справа № 922/3403/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/70129637> (дата звернення: 27.12.2017).
28. Кодекс України про адміністративні правопорушення. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/80731-10> (дата звернення: 27.12.2017).
29. Постанова Запорізького районного суду Запорізької області від 14.07.2017 р., судова справа № 317/1574/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/67808152> (дата звернення: 27.12.2017).
30. Вирок Самбірського міськрайонного суду Львівської області від 07.12.2017 р., судова справа № 458/327/16-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/70807484> (дата звернення: 27.12.2017).
31. Вирок Лубенського міськрайонного суду Полтавської області від 05.04.2016 р., судова справа № 539/2402/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/57041565> (дата звернення: 27.12.2017).
32. Постанова Вищого господарського суду України від 01.03.2017 р., судова справа № 910/16460/16. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/65081235> (дата звернення: 27.12.2017).
33. Рішення Господарського суду м. Києва від 30.01.2017 р., судова справа № 910/233/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/64466849> (дата звернення: 27.12.2017).
34. Лист Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 30.12.2016 р. № 3302-06/42560-06. URL: <http://www.me.gov.ua/InfoRez/DocumentsList?lang=uk-UA&id=f2e30594-ba6c-420f-9c24-2a852415a884&tag=InfarezKnowledgeDb&pageNumber=4&fCtx=inName&fSort=date&fSdir=desc> (дата звернення: 27.12.2017).

References:

1. Koruptsiia v derzhavnykh zakupivliakh: khto i chomu boitsia pryiniattia Zakonu «Pro

publichni zakupivli». *Ministerstvo ekonomichnoho rozvytku i torhivli Ukrainy*. SlideShare (2015). URL: <https://www.slideshare.net/UAR reforms/ss-56344275> [in Ukrainian].

2. Holubov, O. (2017). Obiity ProZorro. Yak koruptsionery vchatsia «skhem» po-novomu. *FINANCE.UA*. URL: <https://news.finance.ua/ua/news/-/413196/obiity-prozorro-yak-koruptsionery-vchatsya-shem-po-novomu> [in Ukrainian].

3. Melnykov, O.S. (2016). Osoblyvosti publichnykh zakupivel yak ob'iekta derzhavnoho rehuliuвання ekonomiky [Features of public procurement as an object of state regulation of the economy]. *Teoriia i praktyka derzhavnoho upravlinnia – Theory and practice of public administration, issue 1 (52), 1–7* [in Ukrainian].

4. Kliuvak, O.V. (2017). Diahnostyka uchasti pidprijemstva v elektronnykh publichnykh zakupivliakh: aspekt lohistychnoho upravlinnia [Diagnostics of enterprise participation in electronic public procurement: the aspect of logistic management]. *Problemy ekonomiky – Problems of the economy, issue 1, 203–210* [in Ukrainian].

5. Krup'iak, I.I. (2017). Osoblyvosti funktsionuvannia systemy publichnykh zakupivel v umovakh transformatsii suchasnykh ekonomichnykh protsesiv [Features of functioning of the system of public procurement in the aspect of transformation of modern economic processes]. *Hlobalni ta natsionalni problemy ekonomiky – Global and national problems of the economy, issue 18, 458–462* [in Ukrainian].

6. Pro publichni zakupivli: Zakon Ukrainy vid 25.12.2015 r. № 922-VIII. URL: <http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/922-19> [in Ukrainian].

7. Rishennia Hospodarskoho sudu Kharkivskoi oblasti vid 24.09.2015 r., sudova sprava № 922/3976/15. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/53022876> [in Ukrainian].

8. Lyst Ministerstva ekonomichnoho rozvytku i torhivli Ukrainy vid 02.08.2017 r. № 3304-06/26774-06. URL: <http://www.me.gov.ua/InfoRez/DocumentsList?lang=uk-UA&id=f2e30594-ba6c-420f-9c24-2a852415a884&tag=InfoRezKnowledgeDb> [in Ukrainian].

9. Tkachenko, N.B. (2016). Elektronni publichni zakupivli: dosvid krain EU ta vprovadzhennia yoho v Ukraini [Electronic Public Procurement: Experience of the EU member-states and Implementation in Ukraine]. *Aktualni problemy ekonomiky – Actual problems of the economy, issue 10 (184), 471–477* [in Ukrainian].

10. Postanova Okruzhnogo administratyvnoho sudu m. Kyieva vid 21.04.2016 r., sudova sprava № 826/10181/15. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/57492644> [in Ukrainian].

11. Sevostianova, H.S. (2016). Suchasnyi stan normatyvno-pravovoho zabezpechennia publichnykh zakupivel v Ukraini [The current state of legal regulation of public procurement in Ukraine]. *Naukovyi visnyk Uzhhorodskoho natsionalnoho universytetu. Seriya: Mizhнародni ekonomichni vidnosyny ta svitove hospodarstvo – Scientific herald of Uzhgorod National University. Series: International Economic Relations and World Economy, issue 10, 2, 91–96* [in Ukrainian].

12. Lyst Ministerstva ekonomichnoho rozvytku i torhivli Ukrainy vid 14.09.2016 r. № 3302-06_29640-06. URL: <http://www.me.gov.ua/InfoRez/DocumentsList?lang=uk-UA&id=f2e30594-ba6c-420f-9c24-2a852415a884&tag=InfoRezKnowledgeDb&pageNumber=6&fCtx=inName&fSort=date&fSdir=desc> [in Ukrainian].

13. Pro zatverdzhennia form dokumentiv u sferi publichnykh zakupivel: Nakaz Ministerstva ekonomichnoho rozvytku i torhivli Ukrainy vid 22.03.2016 r. № 490. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/z0449-16> [in Ukrainian].

14. Postanova Vyschoho hospodarskoho sudu Ukrainy vid 02.08.2017 r., sudova sprava № 908/3256/16. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/68090867> [in Ukrainian].

15. Pro zatverdzhennia Poriadku zdiisnennia doporohovykh zakupivel: Nakaz derzhavnoho pidprijemstva «Zovnishtorhvydav Ukrainy» vid 13.04.2016 r. № 35. URL: <http://www.ua-tenders.com/legislation/orders/248043/> [in Ukrainian].

16. ProZorro zekonomyla bilshе 16,7 miliarda hryven. Ekonomichna pravda (2017). URL: <https://www.epravda.com.ua/news/2017/05/13/624777/> [in Ukrainian].

17. Martynovych, D.I. (2016). Analiz efektyvnosti publichnykh zakupivel yak instrumentu

derzhavnoi dopomohy [Analysis of the effectiveness of public procurement as a tool of state aid]. *Investytsii: praktyka ta dosvid – Investments: practice and experience, issue 18, 70–76* [in Ukrainian].

18. Shchodo poriadku zastosuvannya normatyvno-pravovykh aktiv u razi isnuvannya neuzghodzhnosti mizh pidzakonnymy aktamy: Lyst Ministerstva yustyttsii Ukrainy vid 30.01.2009 r. № H-35267-18. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v3526323-09> [in Ukrainian].

19. Horbatiuk, Ia.V. (2016). Pravova kharakterystyka protsedur publichnykh zakupivel za Zakonom Ukrainy «Pro publichni zakupivli» [Legal characteristic of public procurement procedures according to the Law of Ukraine «On Public Procurement»]. *Yurydychnyi visnyk – Legal Bulletin, issue 3 (40), 132–137* [in Ukrainian].

20. Postanova Kyivskoho apeliatsiinoho hospodarskoho sudu vid 15.05.2014 r., sudova sprava № 910/13820/13. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/38810465> [in Ukrainian].

21. Zvit Antymonopolnoho komitetu Ukrainy za 2016 rik. URL: <http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=133712&> [in Ukrainian].

22. Rishennia hospodarskoho sudu Sumskoi oblasti vid 28.02.2017 r., sudova sprava № 920/77/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/65071774> [in Ukrainian].

23. Vyrok Konotopskoho miskraionnoho sudu Sumskoi oblasti vid 09.03.2016 r., sudova sprava № 577/2881/13-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/56334699> [in Ukrainian].

24. Vyrok Frunzivskoho raionnoho sudu Odeskoi oblasti vid 20.02.2017 r., sudova sprava № 1531/1107/2012. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/64840140> [in Ukrainian].

25. Vyrok Lysychanskoho miskoho sudu Luhanskoi oblasti vid 19.09.2017 r., sudova sprava № 415/1739/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/69202891> [in Ukrainian].

26. Ohliadovi lyst Vyshchoho hospodarskoho sudu Ukrainy vid 24.12.2014 r. № 01-06/2304/14. URL: <http://zakon2.rada.gov.ua/laws/show/v2304600-14> [in Ukrainian].

27. Rishennia Hospodarskoho sudu Kharkivskoi oblasti vid 06.11.2017 r., sudova sprava № 922/3403/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/70129637> [in Ukrainian].

28. Kodeks Ukrainy pro administratyvni pravoporushennia. URL: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/80731-10> [in Ukrainian].

29. Postanova Zaporizkoho raionnoho sudu Zaporizkoi oblasti vid 14.07.2017 r., sudova sprava № 317/1574/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/67808152> [in Ukrainian].

30. Vyrok Sambirskoho miskraionnoho sudu Lvivskoi oblasti vid 07.12.2017 r., sudova sprava № 458/327/16-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/70807484> [in Ukrainian].

31. Vyrok Lubenskoho miskraionnoho sudu Poltavskoi oblasti vid 05.04.2016 r., sudova sprava № 539/2402/15-к. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/57041565> [in Ukrainian].

32. Postanova Vyshchoho hospodarskoho sudu Ukrainy vid 01.03.2017 r., sudova sprava № 910/16460/16. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/65081235> [in Ukrainian].

33. Rishennia Hospodarskoho sudu m. Kyieva vid 30.01.2017 r., sudova sprava №910/233/17. URL: <http://reyestr.court.gov.ua/Review/64466849> [in Ukrainian].

34. Lyst Ministerstva ekonomichnoho rozvytku i torhivli Ukrainy vid 30.12.2016 p. № 3302-06/42560-06. URL: <http://www.me.gov.ua/InfoRez/DocumentsList?lang=uk-UA&id=f2e30594-ba6c-420f-9c24-2a852415a884&tag=InfarezKnowledgeDb&pageNumber=4&fCtx=inName&fSort=date&fSdir=desc> [in Ukrainian].

Олефир А. А. Проблемы защиты прав участников публичных закупок.

Исследованы проблемы защиты прав участников публичных закупок на разных этапах проведения тендеров, с осуществлением юридической квалификации действий, и проанализирована судебная практика. Определены «слабые места» закона, на основании которых заказчики и участники могут злоупотреблять своими правами, поэтому в целях их устранения разработаны предложения в законодательство.

Ключевые слова: публичные закупки; тендеры; заказчики; судебная практика; изменение договора государственного заказа.

Olefir A. O. Problems of protection of the rights of participants in public procurement.

In this article, the problems of protection of the rights of participants in public procurement at various stages of the tendering process is considering. Besides, the legal qualification of behavior of the key actors the judicial practice were analyzed. There were also defined “weaknesses” of the law, on the basis of which customers and participants can abuse with their rights, therefore, in order to eliminate them, we’ve made proposals to the legislation.

Keywords: public procurement; tenders; customers; judicial practice; change of the contract on public purchase.

Надійшла до редколегії 12.01.2018 р.

