

Пропозиції законодавчих змін

Зменшення корупційних ризиків у тендерній документації шляхом виключення особливих умов

Марина Ніколаєва

Людмила Арахамія

Харків-2019



Цей проект фінансується
Європейським Союзом



Цей проект реалізовується
Фондом Інновацій та Розвитку

Погляди, висвітлені в цій публікації, можуть не співпадати із поглядами Європейського Союзу.

Пропозиції законодавчих змін (policy paper) підготовлені на основі громадського розслідування¹, яке були проведені громадськими детективами Проекту “Підтримка запобігання корупції та проведення розслідувань шляхом залучення громадськості на місцевому рівні” (WikiInvestigation), що фінансується програмою Європейського Союзу “Підтримка громадянського суспільства, місцевої влади та прав людини в Україні”.

У розслідуванні йшлося про наявність корупційних ризиків щодо умисного створення замовниками особливих умов при проведенні закупівель в системі «Prozorro». Своєю чергою, ці ризики стосуються створення неконкурентних умов та надання пріоритету постачальникам, з якими існує змова, щодо поставки продуктів та товарів за завищеними цінами. Це, своєю чергою, призводить до розтрати бюджетних коштів.

Розслідування було проведено в рамках проекту “Підтримка запобігання корупції та проведення розслідувань шляхом залучення громадськості на місцевому рівні”(WikiInvestigation), що фінансується програмою Європейського Союзу “Підтримка громадянського суспільства, місцевої влади та прав людини в Україні”

Ці пропозиції націлені на вирішення проблеми корупційних ризиків при проведенні публічних закупівель та усунення законодавчих прогалів в частині відмови в участі у процедурі закупівлі та встановленні особливих умов участі.

Основними стейкхолдерами цього дослідження є Антимонопольний комітет України, Міністерство економічного розвитку і торгівлі, Міністерство юстиції та ДП “Прозорро”.

Дякуємо за надання інформації, яка була використана при проведенні розслідування, підприємцю Євгену Чічому. Він зробив внесок у моніторинг інформації, яка була перевірена під час розслідування на предмет можливої змови.



Цей проект фінансується
Європейським Союзом



Цей проект реалізовується
Фондом Інновацій та Розвитку

Погляди, висвітлені в цій публікації, можуть не співпадати із поглядами Європейського Союзу.

¹ Рецепти "відкатів".

<https://wikiinvestigation.org/articles/procurements/%D0%9C%D0%B0%D1%80%D0%B8%D0%BD%D0%B0%20%D0%9D%D1%96%D0%BA%D0%BE%D0%BB%D0%B0%D1%94%D0%B2%D0%B0/5cee54b94a614874af10ef83>

1. Визначення проблеми на аналізі конкретних кейсів.

[Закон України «Про публічні закупівлі»²](#), а саме стаття 3 передбачає такі принципи здійснення закупівель, як:

- добросовісна конкуренція серед учасників;
- максимальна економія та ефективність;
- відкритість та прозорість на всіх стадіях закупівель;
- недискримінація учасників;
- об'єктивна та неупереджена оцінка тендерних пропозицій;
- запобігання корупційним діям і зловживанням.

Більш того, стаття 5 цього самого Закону прямо говорить про те, що замовники забезпечують вільний доступ усіх учасників до інформації про закупівлю, передбаченої цим Законом. При цьому замовник не може встановлювати дискримінаційні вимоги до учасників.

При цьому згідно статті 16 Закону України про «Публічні закупівлі» саме замовник встановлює кваліфікаційні критерії щодо участі кандидатів у тендерних торгах. А саме, один або декілька з таких кваліфікаційних критеріїв:

- наявність обладнання та матеріально-технічної бази;
- наявність працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід;
- наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного договору.

При цьому у статті 22 законодавець прописує вимоги щодо створення технічної документації, а саме:

1. Тендерна документація безоплатно оприлюднюється замовником на веб-порталі Уповноваженого органу для загального доступу.

2. Тендерна документація повинна містити:

1) інструкцію з підготовки тендерних пропозицій;



Цей проект фінансується
Європейським Союзом



Цей проект реалізовується
Фондом Інновацій та Розвитку

Погляди, висвітлені в цій публікації, можуть не співпадати із поглядами Європейського Союзу.

² Закон України “Про публічні закупівлі”. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/922-19>

2) один або декілька кваліфікаційних критеріїв до учасників відповідно до [статті 16](#), вимоги, встановлені [статтею 17](#) цього Закону, та інформацію про спосіб підтвердження відповідності учасників встановленим критеріям і вимогам згідно із законодавством. Замовник не вимагає документального підтвердження інформації про відповідність вимогам статті 17 у разі, якщо така інформація міститься у відкритих єдиних державних реєстрах, доступ до яких є вільним;

3) інформацію про необхідні технічні, якісні та кількісні характеристики предмета закупівлі, у тому числі відповідну технічну специфікацію (у разі потреби - плани, креслення, малюнки чи опис предмета закупівлі). При цьому технічна специфікація повинна містити: детальний опис товарів, робіт, послуг, що закупаються, у тому числі їх технічні та якісні характеристики; вимоги щодо технічних і функціональних характеристик предмета закупівлі у разі, якщо опис скласти неможливо або якщо доцільніше зазначити такі показники; посилання на стандартні характеристики, вимоги, умовні позначення та термінологію, пов'язану з товарами, роботами чи послугами, що закупаються, передбачені існуючими міжнародними, або національними стандартами, нормами та правилами. Технічна специфікація не повинна містити посилання на конкретну торговельну марку чи фірму, патент, конструкцію або тип предмета закупівлі, джерело його походження або виробника. У разі якщо таке посилання є необхідним, воно повинно бути обґрунтованим, а специфікація повинна містити вираз "або еквівалент". Технічні, якісні характеристики предмета закупівлі повинні передбачати необхідність застосування заходів із захисту довкілля;

4) кількість товару та місце його поставки;

5) місце, де повинні бути виконані роботи чи надані послуги, їх обсяги;

6) строки поставки товарів, виконання робіт, надання послуг;

7) проект договору про закупівлю з обов'язковим зазначенням порядку змін його умов;

8) опис окремої частини або частин предмета закупівлі (лота), щодо яких можуть бути подані тендерні пропозиції, у разі якщо учасникам дозволяється подати тендерні пропозиції стосовно частини предмета закупівлі (лота);

9) перелік критеріїв та методику оцінки тендерних пропозицій із зазначенням питомої ваги критеріїв. Опис методики оцінки за критерієм "ціна" повинен містити інформацію про врахування податку на додану вартість (ПДВ);



Цей проект фінансується
Європейським Союзом



Цей проект реалізується
Фондом Інновацій та Розвитку

- 10) строк, протягом якого тендерні пропозиції вважаються дійсними, але не менше ніж 90 днів з дати розкриття тендерних пропозицій;
- 11) інформацію про валюту, у якій повинна бути розрахована і зазначена ціна тендерної пропозиції;
- 12) інформацію про мову (мови), якою (якими) повинні бути складені тендерні пропозиції;
- 13) зазначення кінцевого строку подання тендерних пропозицій;
- 14) розмір, вид та умови надання забезпечення тендерних пропозицій (якщо замовник вимагає його надати);
- 15) розмір, вид, строк та умови надання, умови повернення та неповернення забезпечення виконання договору про закупівлю (якщо замовник вимагає його надати);
- 16) прізвище, ім'я та по батькові, посаду та адресу однієї чи кількох посадових осіб замовника, уповноважених здійснювати зв'язок з учасниками;
- 17) у разі закупівлі робіт - вимогу про зазначення учасником у тендерній пропозиції інформації (повне найменування та місцезнаходження) щодо кожного суб'єкта господарювання, якого учасник планує залучати до виконання робіт як субпідрядника в обсязі не менше ніж 20 відсотків від вартості договору про закупівлю.

3. Тендерна документація може містити також іншу інформацію відповідно до законодавства, яку замовник вважає за необхідне до неї включити.

Тендерна документація може містити опис та приклади формальних (несуттєвих) помилок, допущення яких учасниками не призведе до відхилення їх пропозицій.

Формальними (несуттєвими) вважаються помилки, що пов'язані з оформленням тендерної пропозиції та не впливають на зміст пропозиції, а саме - технічні помилки та описки.

4. Тендерна документація не повинна містити вимог, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників.



Цей проект фінансується
Європейським Союзом



Цей проект реалізується
Фондом Інновацій та Розвитку

Та навіть Міністерство економічного розвитку України і торгівлі України [наказом №680](#) від 13.04.2016 затверджує примірну тендерну документацію.

Незважаючи на те, що Закон чітко вказує про те, що *технічна специфікація не повинна містити посилання на конкретну торговельну марку чи фірму, патент, конструкцію або тип предмета закупівлі, джерело його походження або виробника та тендерна документація не повинна містити вимог, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників*, законодавець залишає відкритим список документів і умов, які має право вимагати замовник від учасників торгів. Що дає можливість здійснити змову, і заздалегідь обговоривши нездійснення для інших учасників торгів умова участі в тендері, ввести його як обов'язкову вимога до технічної документації

Цей факт був підтверджено під час проведення розслідування громадськими детективами [Wikiinvestigation «Рецепти відкатів»](#), в якому наведені випадки внесення в технічну документацію дискримінаційних умов, які значно звузили кількість учасників торгів та надали перевагу провладним фаворитам.

А саме, у Харкові у тендерній документації (далі - ТД) одразу у декількох районних відділах освіти була введена така вимога, як наявність на підприємстві “двох штатних комплектувальників” з досвідом роботи. Враховуючи, що це досить специфічний запис у трудовій книжці, така умова відразу обмежила учасників торгів до двох, серед яких або у вигляді технічного кандидату, або у якості переможця була фірма-фаворит «Хазар ЛТД», що призвело до закупки курятини по завищеним цінам та орієнтовної розтрати понад 800 тисяч гривень лише на двох угодах.

Свою чергою Департамент освіти Черкаської міськради записав у тендерних вимогах наявність 20% позитивних відгуків від інших замовників (!оригіналів) щодо минулих виграних тендерів. Таким чином, дорога для нових підприємців автоматично закрита. Постійним фаворитом торгів виступає фірма “Каштан-плюс,” яка є основним постачальником в регіоні вже п'ять років. Таку саму неконкурентну умову вніс в ТД й Департамент гуманітарної політики міськради Дніпра, через що серед постачальників опинились фірми, афільовані з можновладцями.

Департамент освіти та науки Одеської міської ради відразу прописав в умовах поставки час прибуття машин до хвилини. Як результат, порушення таймінгу призведе до штрафних санкцій щодо підприємців, особливо якщо з ними немає змови.



Цей проект фінансується
Європейським Союзом



Цей проект реалізовується
Фондом Інновацій та Розвитку

Таким чином, громадські детективи підозрюють, при розслідуваних закупівлях умисне прописування особливих умов, а саме - обмеження кількості учасників по територіальному принципу, по принципу досвіду роботи на ринку, наявності позитивних відгуків, кількості та посад працівників, кількості та модифікації машин, тощо, значно звужує коло учасників торгів та створює корупційні умови.

В учасників є можливість оскаржити ці умови через Антимонопольний комітет, але це механізм є фінансово затратний та неефективний, через велику кількість відмов у скаргах. Адже їх пропозиції з самого початку не відповідають ТД. Тому необхідно ще до початку оголошення тендеру виключити можливість внесення неконкурентних умов у тендерну документацію.



Цей проект фінансується
Європейським Союзом



Цей проект реалізується
Фондом Інновацій та Розвитку

2. Міжнародний досвід

При створенні системи держзакупівель “Prozorro” Україна перед усім орієнтувалась на досвід, вимоги та стандарти країн ЄС, які, в свою чергу, були запозичені з США.

Слід зазначити, що різні країни ЄС мають різні системи проведення держзакупівель. Наприклад, Німеччина дотримується централізованої моделі закупівель. Електронні закупівлі здійснюються на базі платформи E-Vergafe та є обов’язковими до застосування федеральними відомствами. У Швеції ж – навпаки. Обов’язкової національної платформи електронних закупівель немає, натомість муніципалітети мають власні електронні платформи, що використовуються на добровільній [основі](#). Але всі вони дотримуються низки Європейських Директив щодо роботи системи держзакупівель від 2014 року. У вищеназваних Директивах електронні закупівлі розглядаються як компонент електронного урядування та окреслені відповідно до принципів вільного переміщення товарів, свободи розміщення та свободи надання послуг, рівноправного ставлення, недискримінації, взаємного визнання, пропорційності та прозорості. Цих принципів намагаються дотримуватись всі учасники торгів, й при наявності сумнівів, учасники торгів мають можливість оскаржити торги або у самого замовника, або через суд, а не окремі установи як в Антимонопольний комітет. Крім цього у 25 країнах ЄС існують спеціальні наглядові органи щодо роботи майданчиків держзакупівель. І головне, в ЄС також обов’язкові кваліфікаційні вимоги для процедури відкритих торгів, однак немає попередньої кваліфікації учасників. Тобто, замовник просто не може відмовити учаснику через невідповідність у нього позитивних відгуків чи невідповідного штатного розкладу. Більш того, у 2016 в країнах ЄС почав діяти принцип “self declaration” — право замовника вимагати кваліфікаційні дані лише від переможця торгів.

Єдині вимоги, які є обов’язковими для постачальників - дотримання екологічного законодавства. Крім цього, деякі країни, як Угорщина та Румунія визначають квоти та цінові пільги для місцевих постачальників, від 5% до 20%, але вони штучно не обмежують учасників торгів за територіальним принципом.



Цей проект фінансується
Європейським Союзом



Цей проект реалізується
Фондом Інновацій та Розвитку

3. Шляхи вирішення проблеми

Безумовно, Україна могла піти шляхом ЄС та відмінити попередню кваліфікацію учасників та застосувати принцип “self declaration”. Однак в українських реаліях це може поставити під загрозу саме виконання умов угод, та неодноразове повторне проведення торгів, що буде затримувати постачання послуг та товарів. Тому логічно було б стандартизувати технічну документацію для кожної групи товарів та послуг, у відповідності до [державного класифікатора](#). Але ця стандартизація мала б відношення лише до вимог постачальника, а не самої продукції. Тобто, у відповідності до ст.16 Закону України “Про публічні закупівлі” обмежити замовника в тому, скажімо, яку матеріально-технічну базу він може вимагати від постачальника. Також у замовника повинні бути обмеження щодо кількості та кваліфікації працівників, а підтвердженням репутації можуть бути акти щодо виконаних робіт. При цьому список вимог у цьому випадку повинен бути закритим, щоб замовник не міг додавати неконкурентні особливі умови.

Головною інновацією, яка пропонується, є те, що потенційні учасники торгів не будуть кожного разу надавати новий пакет документів в залежності від того, які умови прописані, а участь у торгах будуть приймати виходячи з того, чи відповідають їх документи вимогам постачальника.

Щодо найпоширенішої неконкурентної вимоги - позитивні відгуки - то вона не повинна бути присутня у ТД. Всі підписанти угод несуть економічну відповідальність за зрив постачання, й цього, відповідно до європейських норм, достатньо.

Крім того, якщо учасники торгів будуть мати 24 години на виправлення технічних помилок - довантаження справок, документації - то будуть виключені ситуації, коли цікаві пропозиції відкидаються по формальним причинам.



Цей проект фінансується
Європейським Союзом



Цей проект реалізується
Фондом Інновацій та Розвитку

Крім цього, такий чинник як очікувана ціна також повинен мати зв'язок з реальністю, а не бути вигаданим замовником. Таким чином, ми уникнемо корупційних ризиків навіть у відсутності значної конкуренції. Орієнтиром, вище якої не повинна бути заявлена очікувана ціна - можуть стати [індекси Держстата](#), які вже включають всі супутні для підприємців витрати, адже вони є роздрібними. Іншим варіантом було б очікувану ціну порівнювати до статистичної оптової ціни з урахуванням коефіцієнта на прибуток. А ціну доставки вивести за лапки, тобто у тендерній пропозиції необхідно прописати, що учасник повинен в загальній сумі наданих послуг відокремити строчки "ціна товару" та "ціна доставки товару". В такому разі буде видно, на скільки ціна товару відрізняється від ціни Держстату, і на чому та в якому розмірі заробляє постачальник товару. При цьому вартість доставки не повинна перевищити вартість товару згідно [наказу МЕРТ](#).



Цей проект фінансується
Європейським Союзом



Цей проект реалізується
Фондом Інновацій та Розвитку

Погляди, висвітлені в цій публікації, можуть не співпадати із поглядами Європейського Союзу.

4. Комунікаційна стратегія

Комунікаційна стратегія може включати наступні елементи:

- Створення груп стейкхолдерів відповідно до запропонованих альтернатив
- Просування ідей законодавчих змін щодо конфлікту інтересів через медіа (новини, публікації, пости в соцмережах, експертні думки);
- Проведення консультацій і переговорів із низкою громадських організацій, які займаються політиками щодо вдосконалення процедур публічних закупівель;
- Проведення “круглого столу”.



Цей проект фінансується
Європейським Союзом



Цей проект реалізовується
Фондом Інновацій та Розвитку

Погляди, висвітлені в цій публікації, можуть не співпадати із поглядами Європейського Союзу.

Література:

1. ФУНКЦІОНУВАННЯ СИСТЕМИ ЕЛЕКТРОННИХ ДЕРЖАВНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ: НЕДОЛІКИ, ПРОБЛЕМИ ТА МІЖНАРОДНИЙ ДОСВІД Нога. Войтенко.

2. http://eupublicprocurement.org.ua/wp-content/uploads/2015/02/EU-PP-Directives-Compendium_UKR.pdf

3. <https://infobox.prozorro.org/upload/files/main/1019/444/finaldraft-market-consultationsclean-ukr-1.pdf>

4. http://www.dridu.dp.ua/konf/konf_dridu/itis%20seminar%202017/pdf/akimova-3.pdf

5. Закон України “Про публічні закупівлі”

6. <https://blog.liga.net/user/spanaiotidi/article/33673>

7. Рецепти "відкатів".

<https://wikiinvestigation.org/articles/procurements/%D0%9C%D0%B0%D1%80%D0%B8%D0%BD%D0%B0%20%D0%9D%D1%96%D0%BA%D0%BE%D0%BB%D0%B0%D1%94%D0%B2%D0%B0/5cee54b94a614874af10ef83>



Цей проект фінансується
Європейським Союзом



Цей проект реалізовується
Фондом Інновацій та Розвитку