

Узагальнення практики Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг у сфері публічних/державних закупівель щодо відмови в участі у процедурі закупівлі та відхилення тендерної пропозиції учасника, який є пов'язаною особою з іншими учасниками процедури закупівлі та/або з членом (членами) тендерного комітету, уповноваженою особою (особами) замовника.

I. Нормативно-правове регулювання.

1. Закон України «Про публічні закупівлі».

- 1) Закон України «Про публічні закупівлі» (далі – Закон) містить визначення понять «пов'язані особи», «здійснення контролю», «члени сім'ї». Також, Закон визначає вимоги до тендерної документації в цій частині та наслідки встановлення замовником факту пов'язаності для учасника.
- 2) При цьому частина 2 статті 2 Закону передбачено:
«Умови, порядок та процедури закупівель товарів, робіт і послуг регулюються виключно цим Законом та/або Законом України «Про особливості здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для гарантованого забезпечення потреб оборони», крім випадків, передбачених цим Законом, і не можуть встановлюватися або змінюватися іншими законами України, крім законів, що містять виключно норми щодо внесення змін до цього Закону та/або до Закону України «Про особливості здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для гарантованого забезпечення потреб оборони».
Зазначене виключає можливість застосування вказаних вище термінів у трактуванні відмінному від цього Закону, що може міститись в інших нормативно-правових актах, не залежно від часу їх прийняття та видавника.
- 3) Відповідно до пункту 16 частини 1 статті 1 Закону:

«пов'язана особа – особа, яка відповідає будь-якій з таких ознак:

юридична особа, яка здійснює контроль над учасником процедури закупівлі або контролюється таким учасником процедури закупівлі, або перебуває під спільним контролем з таким учасником процедури закупівлі;

фізична особа або члени її сім'ї, які здійснюють контроль над учасником процедури закупівлі;

службова (посадова) особа учасника процедури закупівлі, уповноважена здійснювати від імені учасника процедури закупівлі юридичні дії, спрямовані на встановлення, зміну або зупинення цивільно-правових відносин, та члени сім'ї такої службової (посадової) особи;

фізичні особи – члени тендерного комітету, керівник замовника та/або члени їхніх сімей, які здійснюють контроль над учасниками процедури закупівлі або уповноважені здійснювати від імені учасника процедури закупівлі юридичні дії, спрямовані на встановлення, зміну або зупинення цивільно-правових відносин.

Під здійсненням контролю розуміється можливість здійснення вирішального впливу або вирішальний вплив на господарську діяльність учасника процедури закупівлі безпосередньо або через більшу кількість пов'язаних фізичних чи юридичних осіб, що

здійснюється, зокрема, шляхом реалізації права володіння або користування всіма активами чи їх значною часткою, права вирішального впливу на формування складу, результати голосування, а також вчинення правочинів, що надають можливість визначати умови господарської діяльності, надавати обов'язкові до виконання вказівки або виконувати функції органу управління учасника процедури закупівлі, або володіння часткою (паєм, пакетом акцій), що становить не менше ніж 25 відсотків статутного капіталу учасника процедури закупівлі.

Для фізичної особи загальна сума володіння часткою у статутному капіталі учасника процедури закупівлі визначається залежно від обсягу корпоративних прав, що сукупно належать такій фізичній особі, членам її сім'ї та юридичним особам, які контролюються такою фізичною особою або членами її сім'ї.

Для цілей цього Закону членами сім'ї вважаються подружжя, діти, батьки, рідні брати і сестри, дідусь, бабуся, онуки, усиновлювачі, усиновлені, а також інші особи, за умови їх постійного проживання разом з пов'язаною особою і ведення з нею спільного господарства».

4) Відповідно до пункту 7 частини 1 статті 17 Закону:

«Замовник приймає рішення про відмову учаснику в участі у процедурі закупівлі та зобов'язаний відхилити тендерну пропозицію учасника в разі, якщо:

...тендерна пропозиція подана учасником процедури закупівлі, який є пов'язаною особою з іншими учасниками процедури закупівлі та/або з членом (членами) тендерного комітету, уповноваженою особою (особами) замовника».

5) Відповідно до пункту 3 частини 1 статті 30 Закону:

«Замовник відхиляє тендерну пропозицію в разі якщо:

... наявні підстави, зазначені у статті 17 і частині сьомій статті 28 цього Закону».

6) Відповідно до пункту 2 частини 2 статті 22 Закону:

«Тендерна документація повинна містити:

...один або декілька кваліфікаційних критеріїв до учасників відповідно до статті 16, вимоги, встановлені статтею 17 цього Закону, та інформацію про спосіб підтвердження відповідності учасників установленим 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».

7) Як слідує із зазначених вище норм, замовник приймає рішення про відмову учаснику в участі у процедурі закупівлі та зобов'язаний відхилити тендерну пропозицію учасника за наявності таких умов:

- учасник процедури закупівлі є пов'язаною особою з іншими учасниками процедури закупівлі

та/або

- учасник процедури закупівлі є пов'язаною особою з членом (членами) тендерного комітету, уповноваженою особою (особами) замовника.

При цьому як підстава для відхилення пропозиції учасника Законом не визначена пов'язаність останнього із самим замовником, за умови відсутності факту пов'язаності учасника з членом (членами) тендерного комітету або уповноваженою особою (особами) замовника.

8) Визначення терміну «пов'язані особи» в частині 1 статті 1 Закону можна умовно розділити на три частини:

- визначення пов'язаності учасників процедури закупівлі між собою по відношенню до юридичних та фізичних осіб (*юридична особа, яка здійснює контроль над учасником процедури закупівлі або контролюється таким учасником процедури закупівлі, або перебуває під спільним контролем з таким учасником процедури закупівлі; фізична особа або члени її сім'ї, які здійснюють контроль над учасником процедури закупівлі*);
- визначення пов'язаності через службову (посадову) особу учасника процедури закупівлі, яка може застосовуватись як для доведення факту пов'язаності учасників між собою, так і для доведення пов'язаності учасника з членами тендерного комітету (уповноваженими особами) замовника (*службова (посадова) особа учасника процедури закупівлі, уповноважена здійснювати від імені учасника процедури закупівлі юридичні дії, спрямовані на встановлення, зміну або зупинення цивільно-правових відносин, та члени сім'ї такої службової (посадової) особи*);
- визначення пов'язаності учасника з членами тендерного комітету (уповноваженими особами) замовника (*фізичні особи – члени тендерного комітету, керівник замовника та/або члени їхніх сімей, які здійснюють контроль над учасниками процедури закупівлі або уповноважені здійснювати від імені учасника процедури закупівлі юридичні дії, спрямовані на встановлення, зміну або зупинення цивільно-правових відносин*).

При цьому в даному випадку також іде мова про пов'язаність керівника замовника та/або членів його сім'ї з учасником процедури закупівлі, хоча відповідно до статті 17 Закону підставою для відхилення не може бути пов'язаність учасника процедури закупівлі з керівником замовника, а виключно з членами тендерного комітету (уповноваженими особами) замовника.

9) Як слідує із зазначеного вище пов'язаність встановлюється на підставі прямих та опосередкованих відносин контролю з можливістю здійснення вирішального впливу, родинних зв'язків, наявності повноважень здійснювати від імені учасника процедури закупівлі юридичні дії, спрямовані на встановлення, зміну або зупинення цивільно-правових відносин та членства в тендерному комітеті замовника.

10) При цьому під вирішальним впливом розуміється можливість здійснення вирішального впливу або вирішальний вплив на господарську діяльність учасника процедури закупівлі безпосередньо або через більшу кількість пов'язаних фізичних чи юридичних осіб, що здійснюється, зокрема, шляхом:

- реалізації права володіння або користування всіма активами чи їх значною часткою;

- права вирішального впливу на формування складу, результати голосування, а також вчинення правочинів, що надають можливість визначати умови господарської діяльності, надавати обов'язкові до виконання вказівки або виконувати функції органу управління учасника процедури закупівлі;
- володіння часткою (паєм, пакетом акцій), що становить не менше ніж 25 відсотків статутного капіталу учасника процедури закупівлі.

При цьому для фізичної особи визначено, що загальна сума володіння часткою у статутному капіталі учасника процедури закупівлі визначається залежно від обсягу корпоративних прав, що сукупно належать не тільки такій фізичній особі, а й членам її сім'ї та юридичним особам, які контролюються такою фізичною особою або членами її сім'ї.

11) До членів сім'ї Законом віднесено:

- подружжя;
- діти, усиновлені;
- батьки, усиновлювачі;
- рідні брати і сестри;
- дідусь, бабуся;
- онуки;
- інші особи, що постійного проживають разом з пов'язаною особою і ведуть з нею спільне господарство.

12) Відповідно до частини 4 статті 28 Закону:

«Після оцінки пропозицій замовник розглядає тендерні пропозиції на відповідність вимогам тендерної документації з переліку учасників, починаючи з учасника, пропозиція якого за результатом оцінки визначена найбільш економічно вигідною. У разі відхилення тендерної пропозиції, що за результатами оцінки визначена найбільш економічно вигідною, замовник розглядає наступну тендерну пропозицію з переліку учасників, що вважається найбільш економічно вигідною».

Таке формулювання передбачає наступну послідовність розгляду замовником пропозицій учасників:

- розгляд пропозиції учасника, що визнана за результатом оцінки найбільш економічно вигідною;
- визначення такого учасника переможцем та прийняття рішення про намір укласти договір;

або

- відхилення пропозиції такого учасника та розгляд наступної тендерної пропозиції з переліку учасників, що вважається найбільш економічно вигідною.

13) На засіданнях Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг у сфері публічних закупівель (далі – Колегія) під час розгляду скарг, в яких піднімаються зазначені питання, замовники зачасти посилаються на не можливість перевірки факту пов'язаності учасників між собою з огляду на викладену вище послідовність дій. Так, представниками замовника зазначається, що під час розгляду пропозиції учасника, що визнана за результатом оцінки найбільш економічно вигідною, замовник ще не бачить та не розглядає пропозиції інших учасників, та відповідно не може перевірити факт пов'язаності.

При цьому, відповідно до статті 17 Закону замовник не має право, а зобов'язаний відхилити пропозицію учасника, якщо він є пов'язаною особою з іншим учасником цієї ж процедури закупівлі.

За сформованою Колегією практикою, **такий обов'язок замовника повинен бути виконаний на етапі розгляду пропозиції учасника, що визнана за результатом оцінки найбільш економічно вигідною, та перегляду пропозицій інших учасників для встановлення факту пов'язаності на даній стадії, без розгляду пропозицій останніх на предмет відповідності вимогам тендерної документації, що не буде порушенням вимог Закон та викладеної в статті 28 Закону послідовності дії.**

На користь такого підходу також вказує те, що за частиною 4 статті 28 замовник розглядає пропозиції учасників саме на відповідність останніх вимогам документації у визначеній статтею послідовності. При цьому, Законом не визначено за якою послідовністю замовник повинен перевіряти наявність підстав для відхилення, передбачених статтею 17 Закону. Виділення законодавцем в окремому підставу для відхилення «... наявні підстави, зазначені у статті 17» та відокремлення її від підстави «тендерна пропозиція не відповідає умовам тендерної документації» дозволяє замовнику без порушення вимог Закону виконати свій обов'язок щодо перевірки учасників на пов'язаність між собою.

- 14) Відповідно до абзацу 3 частини 3 статті 17 Закону:
«Замовник не вимагає від учасників документів, що підтверджують відсутність підстав, визначених пунктами 1 і 7 частини першої цієї статті».
- 15) Представники замовника на засіданнях Колегії систематично зазначають, що таке формулювання норми не дозволяє останнім оперативно, ефективно та повному обсязі виконати свій обов'язок щодо перевірки пропозицій учасників на факт пов'язаності останніх між собою та/або з членами тендерного комітету замовника, так як обмежує останніх у можливості вимагання в тендерній документації подання учасниками документів/доказів на підтвердження.
- 16) Другим абзацом статті 17 Закону визначено:
«Переможець торгів у строк, що не перевищує п'яти днів з дати оприлюднення на веб-порталі Уповноваженого органу повідомлення про намір укласти договір, повинен надати замовнику документи, що підтверджують відсутність підстав, визначених пунктами 2, 3, 5, 6 і 8 частини першої цієї статті».
 Як слідує із зазначеного, замовник не може вимагати документи від учасника щодо не пов'язаності останнього з іншими учасниками процедури закупівлі та членами тендерного комітету замовника також після визнання такого учасника переможцем.
- 17) Абзацом 1 частини 3 статті 17 передбачено:
«Замовник у тендерній документації зазначає, що інформація про відсутність підстав, визначених у частинах першій і другій цієї статті, надається в довільній формі. Спосіб документального підтвердження згідно із законодавством відсутності підстав, передбачених пунктами 2, 3, 5, 6 і 8 частини першої та частиною другою цієї статті, визначається замовником для надання таких документів лише переможцем процедури закупівлі».
 Таке формулювання норми передбачає єдиний спосіб вимагання замовником надання учасником у складі тендерної пропозиції даних щодо наявності/відсутності факту пов'язаності: інформація в довільній формі. Такий підхід перекладає повністю обов'язок доведення факту пов'язаності на замовника, який за наявності обмежених інструментів та ресурсів повинен отримати беззаперечні докази того, що в складі

тендерної пропозиції учасником подана недостовірна інформація в довільній формі щодо не пов'язаності останнього з іншими учасниками процедури закупівлі та/або членами тендерного комітету замовника.

18) Відповідно до частини 7 статті 28 Закону:

«Замовник має право звернутися за підтвердженням інформації, наданої учасником, до органів державної влади, підприємств, установ, організацій відповідно до їх компетенції. У разі отримання достовірної інформації про його невідповідність вимогам кваліфікаційних критеріїв, наявності підстав, зазначених у частині першій статті 17 цього Закону, або факту зазначення у тендерній пропозиції будь-якої недостовірної інформації, що є суттєвою при визначенні результатів процедури закупівлі, замовник відхиляє тендерну пропозицію такого учасника».

19) Зазначена норма може бути використана замовником для перевірки наданої учасником в складі пропозиції інформації в довільній формі щодо не пов'язаності останнього з іншими учасниками процедури закупівлі та/або членами тендерного комітету замовника. Однак, таке звернення може суттєво вплинути на строки проведення закупівлі, адже потребує здебільшого підготовки письмового запиту, направлення його засобами поштового зв'язку та отримання відповіді в такій же формі та таким самим способом, що в окремих випадках може зайняти більше місяця часу, що є суттєвим строком для замовника. Також, не вся інформація може бути надана уповноваженими особами/органами у відповідь на запит замовника з огляду на окремо встановлений законодавством режим поширення такої інформації (наприклад, інформація щодо наявності/відсутності в учасника членів сім'ї та їх ідентифікуючі данні).

20) **Описана проблематика потребує нормативного врегулювання шляхом імплементації в чинні нормативно-правові акти механізму, який з одного боку дозволить замовнику оперативно та з мінімальними затратами ресурсів отримувати максимально повну та правдиву інформацію щодо факту пов'язаності, а з іншого боку не створить додаткового навантаження на бізнес, який бажає реалізовувати замовникам та /або державі свої товари, роботи та послуги, та не призведе до формальних відхилень найбільш економічно вигідних пропозицій.**

2. Закон України «Про здійснення державних закупівель».

21) Закон України «Про здійснення державних закупівель» (2015 року) містить аналогічні норми, у зв'язку з чим практика Колегії під час дії цього закону також була використана під час підготовки зазначених узагальнень.

22) Закон України «Про здійснення державних закупівель» (2010 року) містив у пункті 22 частини 1 статті 1 наступне визначення пов'язаних осіб:

«пов'язана особа – особа, яка відповідає будь-якій з наведених нижче ознак: юридична особа, яка здійснює контроль над учасником процедури закупівлі, оператором електронного майданчика або контролюється таким учасником процедури закупівлі, оператором електронного майданчика, або перебуває під спільним контролем з таким учасником процедури закупівлі, оператором електронного майданчика;

фізична особа або члени її сім'ї, які здійснюють контроль над учасником процедури закупівлі, оператором електронного майданчика;
службова (посадова) особа учасника процедури закупівлі, оператора електронного майданчика, уповноважена здійснювати від імені учасника процедури закупівлі, оператора електронного майданчика юридичні дії, спрямовані на встановлення, зміну або зупинення цивільно-правових відносин, та члени сім'ї такої службової (посадової) особи; члени сім'ї посадової (службової) особи замовника, які здійснюють контроль над учасниками процедури закупівлі або уповноважені здійснювати від імені учасника процедури закупівлі юридичні дії, спрямовані на встановлення, зміну або зупинення цивільно-правових відносин.

Під здійсненням контролю слід розуміти володіння безпосередньо або через більшу кількість пов'язаних фізичних чи юридичних осіб найбільшою часткою (паєм, пакетом акцій) статутного капіталу учасника процедури закупівлі, оператора електронного майданчика або управління найбільшою кількістю голосів у керівному органі такого учасника процедури закупівлі, оператора електронного майданчика, або володіння часткою (паєм, пакетом акцій), яка становить не менш як 25 відсотків статутного капіталу учасника процедури закупівлі, оператора електронного майданчика.

Для фізичної особи загальна сума володіння часткою статутного капіталу учасника процедури закупівлі, оператора електронного майданчика (голосів у органі управління) визначається як загальний обсяг корпоративних прав, що належить такій фізичній особі, членам її сім'ї та юридичним особам, які контролюються такою фізичною особою або членами її сім'ї.

Для цілей цього Закону членами сім'ї вважаються подружжя, діти, батьки, рідні брати і сестри, дід, баба, онуки, усиновлювачі, усиновлені, а також інші особи за умови їх постійного проживання разом із пов'язаною особою і ведення з нею спільного господарства».

- 23) Як слідує з вищевикладеного редакція є схожою з тією, що міститься сьогодні в Законі України «Про публічні закупівлі», за виключенням наявності в Законі 2010 року додаткового суб'єкта – оператор електронного майданчика.

На сьогодні в практиці роботи Колегії не було випадків, коли ставилось питання учасниками процедури закупівлі та/або замовником щодо пов'язаності учасника з авторизованим електронним майданчиком. Однак, це не виключає можливу наявність таких фактів, яка може негативно вплинути на перебіг процедури закупівлі, призводи до наявності конфлікту інтересів та/або мати наслідком надання переваг під час проведення процедури такому учаснику. Враховуючи зазначене, є доцільним розглянути питання щодо імплементації схожої норми в діючий Закон.

- 24) Також пункт 6 частини 1 статті 17 зазначеного Закону було визначено як підставу для відхилення пропозиції учасника «*пропозиція конкурсних торгів (кваліфікаційна, цінова пропозиція)* подана учасником процедури закупівлі, який є пов'язаною особою з іншими учасниками процедури закупівлі». Тобто на відміну від діючої редакції Закону не було передбачено можливості відхилення пропозиції учасника, який є пов'язаним з членами тендерного комітету замовника.

Щодо зазначеного діючу норму Закону можна вважати більш прогресивною та ефективною, на відміну від Закону 2010 р.

3. Роз'яснення Міністерства економічного розвитку та торгівлі України.

25) Відповідно до пункту 34 частини 1 статті 1 Закону:

«Уповноважений орган – центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері публічних закупівель».

26) Відповідно до частини 1 та 4 статті 7 Закону:

«Уповноважений орган здійснює регулювання та реалізує державну політику у сфері закупівель у межах повноважень, визначених цим Законом.

... Нормативно-правове забезпечення державного регулювання у сфері закупівель здійснює Уповноважений орган».

27) Відповідно до частини 1 статті 8 Закону до основних функцій Уповноваженого органу серед іншого віднесено:

- розроблення і затвердження нормативно-правових актів, необхідних для виконання цього Закону;
- аналіз функціонування системи публічних закупівель;
- узагальнення практики здійснення закупівель, у тому числі міжнародної;
- вивчення, узагальнення та поширення світового досвіду з питань закупівель;
- надання узагальнених відповідей рекомендаційного характеру щодо застосування законодавства у сфері закупівель;
- надання безоплатних консультацій рекомендаційного характеру з питань закупівель на інформаційному ресурсі Уповноваженого органу тощо.

28) Відповідно до Положення про Міністерство економічного розвитку і торгівлі України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 20 серпня 2014 р. № 459 «Питання Міністерства економічного розвитку і торгівлі», Мінекономрозвитку є головним органом у системі центральних органів виконавчої влади, що забезпечує, серед іншого, формування та реалізує державну політику у сфері державних та публічних закупівель. Отже, останнє є Уповноваженим органом.

29) Відповідно до наявної на офіційному сайті МЕРТ інформації, до нього із запитом на роз'яснення стосовно визначення пов'язаності осіб звернувся Другий воєнізований гірничорятувальний загін (Замовник), код ЄДРПОУ 00159367.

За інформацією замовника, останній проводить в електронній системі публічних закупівель «ProZorro» відкриті торги по закупівлі хімічного поглинача вапняного ХП-В (UA -2017-03-20-002122-b).

Для участі в аукціоні тендерні пропозиції були подані трьома учасникам, зокрема: учасником №1: ТОВ «ТПО Аріста», учасником №2: ТОВ «Югсервіс» та учасником №3: ТОВ «Донсорб», м. Черкаси, який є виробником товару, що пропонується на аукціоні. Пропозиція учасника №1 була відхилена оскільки не відповідає вимогам тендерної документації замовника.

Учасник №2: цінова пропозиція якого є найбільш економічно вигідною, уклав з Учасником №3, виробником продукції, договір про надання дилерських послуг з купівлі - продажу партії продукції, яка є предметом закупівлі. Відповідно до умов договору (дилерські послуги) учасник №2:

- здійснює рекламу продукції виробника;
- здійснює продаж купленої продукції за ціною, яка не може перевищувати ціну встановлену виробником;
- має право приймати участь в конкурсних торгах, в тому числі у державних закупівлях. Зазначений договір викладений в документах тендерної пропозиції учасника №2.

З огляду на вищезазначене замовник просив надати роз'яснення чи є учасники аукціону, які уклали між собою дилерський договір, пов'язаними особами в розумінні ст.1 Закону України «Про публічні закупівлі».
(запит 585/2017).

30) У відповідь на зазначений запит Мінекономрозвитку було надано роз'яснення наступного змісту:

«Визначення поняття «пов'язана особа» наведено у пункті 16 частини першої статті 1 Закону.

Так, зокрема, виходячи зі змісту абзацу другого пункту 16 частини першої статті 1 Закону пов'язаною особою є юридична особа, яка здійснює контроль над учасником процедури закупівлі або контролюється таким учасником процедури закупівлі, або перебуває під спільним контролем з таким учасником.

При цьому під здійсненням контролю слід розуміти саме можливість здійснення вирішального впливу або вирішальний вплив на господарську діяльність учасника процедури закупівлі в спосіб, вказаний в абзаці шостому пункту 16 частини першої статті 1 Закону.

При цьому перелік ознак, за наявності яких учасники є пов'язаними особами, указаний у статті 1 Закону, є вичерпним.

У свою чергу, метою Закону є зокрема створення конкурентного середовища та розвиток добросовісної конкуренції. При цьому закупівлі здійснюються за принципами, визначеними статтею 3 Закону, серед яких у тому числі добросовісна конкуренція серед учасників.

Поряд з цим, Антимонопольний комітет України (далі – АМКУ) є державним органом із спеціальним статусом, метою діяльності якого є зокрема забезпечення державного захисту конкуренції у сфері державних закупівель. АМКУ здійснює свою діяльність на підставі законодавства про захист економічної конкуренції, що ґрунтується на нормах, установлених Конституцією України і складається із Закону України «Про захист економічної конкуренції», Закону України «Про Антимонопольний комітет України» (далі – Закон про АМКУ), Закону України «Про захист від недобросовісної конкуренції», інших нормативно-правових актів, прийнятих відповідно до цих законів.

Згідно зі статтею 7 Закону про АМКУ у сфері здійснення контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції АМКУ має, зокрема, такі повноваження: розглядати заяви і справи про порушення законодавства про захист економічної конкуренції та проводити розслідування за цими заявами і справами; приймати передбачені законодавством про захист економічної конкуренції розпорядження та рішення за заявами і справами, перевіряти та переглядати рішення у справах, надавати висновки щодо кваліфікації дій відповідно до законодавства про захист економічної конкуренції.

При цьому органи державної влади, органи місцевого самоврядування, органи адміністративно-господарського управління та контролю, їх посадові особи зобов'язані передавати Антимонопольному комітету України та його територіальним відділенням відомості, що можуть свідчити про порушення законодавства про захист економічної конкуренції (стаття 22 Закону про АМКУ).

У свою чергу, пунктом 4 частини першої статті 17 Закону передбачено, що замовник приймає рішення про відмову учаснику в участі у процедурі закупівлі та зобов'язаний відхилити тендерну пропозицію учасника в разі, якщо суб'єкт господарювання

(учасник) протягом останніх трьох років притягувався до відповідальності за порушення, передбачене пунктом 4 частини другої статті 6, пунктом 1 статті 50 Закону України «Про захист економічної конкуренції», у вигляді вчинення антиконкурентних узгоджених дій, що стосуються спотворення результатів торгів (тендерів)».

(<http://www.me.gov.ua/InfoRez/Print?id=d480b3f3-3a60-42f4-8288-3539fad88263&tagId=7758c77b-e410-44ea-a07d-37f1799e11e5&tag=ZapitiKoristuvachiv&lang=uk-UA>)

II. Практика Постійно діючої адміністративної колегії АМКУ з розгляду скарг у сфері публічних закупівель.

31) UA-2018-07-02-000512-a

Скаржник зазначає, що у довідці про відсутність підстав щодо відмови в участі у процедурі закупівлі згідно зі статтею 17 Закону, переможцем торгів не зазначено, що Пропозиція подана учасником Процедури закупівлі, який не є пов'язаною особою з іншими учасниками процедури закупівлі та/або з членом (членами) тендерного комітету, уповноваженою особою (особами) замовник, або не є такою особою. Скаржник зазначає, що вищевикладені обставини спростовують довідку про те, що ПП «Європа-Схід» відповідає вимогам статті 17 Закону, та подана ними інформація є достовірною.

Замовник зазначає, що довідка ПП «Європа-Схід» про відсутність підстав щодо відмови участі в процедурі згідно з статтею 17 Закону надана у відповідності до вимог, зазначених у додатку 2 Документації, якими не вимагалось надавати інформацію про пов'язані особи учасника. Відповідно до абзацу третього частини третьої статті 17 Закону – Замовник не вимагає від учасників документів, що підтверджують відсутність підстав, визначених пунктами 1 і 7 частини першої статті 17 Закону.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Пунктом 5 розділу III Документації передбачено, що Замовник зазначає вимоги, установлені статтею 17 Закону, та інформацію про спосіб підтвердження відповідності учасників установленим вимогам згідно із законодавством. Вимоги, встановлені статтею 17 Закону та інформація про спосіб підтвердження відповідності учасників (переможця) вимогам згідно із законодавством, зазначено в Додатку 2 до цієї тендерної документації.

Додатком 2 передбачені документи для юридичних осіб, фізичних осіб та фізичних осіб-підприємців на підтвердження відповідності учасника Процедури закупівлі вимогам, встановленим статтею 17 Закону (Закону України "Про публічні закупівлі" від 25.12.2015 № 922-VIII (із змінами), зокрема, інформація про відсутність підстав, визначених у частинах першій і другій статті 17 Закону, із виокремленням кожної підстави визначеної у частинах першій і другій статті 17 Закону (надається однією довідкою або гарантійним листом, в довільній формі).

У складі Пропозиції ПП «Європа-Схід» міститься довідка, в якій зазначено про відповідність вимогам кваліфікаційних критеріїв, вимогам, встановленим статтею 17 Закону, про те, що у своїй пропозиції ПП «Європа-Схід» зазначено достовірну інформацію.

Скаржник не довів та документально не підтвердив надання ПП «Європа-Схід» недостовірної інформації у складі Пропозиції.

Разом з тим, у складі Пропозиції ПП «Європа-Схід» міститься довідка, в якій відсутня інформація, що передбачена, зокрема пунктом 1 частиною першою статті 17 Закону, про те, що тендерна пропозиція подана учасником процедури закупівлі, який не є пов'язаною особою з іншими учасниками процедури закупівлі та/або з членом (членами) тендерного комітету, уповноваженою особою (особами) замовника, що не відповідає умовам Документації в цій частині.

Враховуючи вище викладене, Пропозиція ПП «Європа-Схід» не відповідала умовам Документації в цій частині.

Враховуючи інформацію, наведену в мотивувальній частині рішення, Пропозиція ПП «Європа-Схід» не відповідала умовам Документації та мала бути відхилена Замовником відповідно до вимог статті 30 Закону.

Не відхиливши Пропозицію ПП «Європа-Схід» Замовник порушив вимоги статті 30 Закону, відповідно до якої замовник відхиляє тендерну пропозицію учасника у разі, якщо тендерна пропозиція учасника не відповідає умовам тендерної документації.

- 32) *Зазначений вище приклад не розкриває підхід Колегії до визначення пов'язаних осіб, а стосується виключно виконання учасником вимог тендерної документації в частині надання визначеного замовником документального підтвердження відповідності вимогам статті 17 Закону.***

- 33) UA-2018-06-12-000815-b**

Скаржник зазначає, що згідно з пунктом 1.6 статуту комунального підприємства «Градпроект», затвердженого Розпорядженням міського голови м. Запоріжжя від 25.06.2004 № 817, засновником підприємства є Запорізька міська рада.

Положенням пункту 1.7 Доповнення до статуту КП «Градпроект», затвердженого Розпорядженням міського голови м. Запоріжжя від 01.08.2011 № 492 передбачено, що органом управління майном підприємства є Департамент архітектури та містобудування Запорізької міської ради (Замовник).

Положенням пункту 8.13 Доповнення до статуту КП «Градпроект», затвердженого Розпорядженням міського голови м. Запоріжжя від 06.10.2005 № 1168, передбачено, що структура, склад і компетенція органів управління КП «Градпроект» погоджується з органом, уповноваженим управляти відповідним майном в т.ч. головним управлінням архітектури та містобудування Запорізької міської ради (Замовник).

Таким чином, переможець вказаної процедури публічної закупівлі КП «Градпроект» та Замовник є відповідно до пункту 16 частини першої статті 1 Закону пов'язаними особами, оскільки Замовник відповідно до статуту управляє майном КП «Градпроект» та прямо впливає на органи управління КП «Градпроект».

Тому, на думку Скаржника, відповідно до пункту 7 частини першої статті 17 Закону Департамент архітектури та містобудування Запорізької міської ради (Замовник) зобов'язаний був відмовити в участі у Процедурі закупівлі та відхилити тендерну документацію КП «Градпроект».

Замовник зазначає, що під час проведення процедур закупівель замовник перевіряє наявність підстав, зазначених у пункті 7 частини першої статті 17 Закону, в частині пов'язаності учасників з іншими учасниками процедури закупівлі та/або з членом (членами) тендерного комітету, уповноваженою особою (особами) замовника.

Зважаючи на вищенаведене, термін «пов'язані особи» відноситься до відносин між учасниками торгів та/або між учасником (учасниками) з членом (членами) комітету з конкурсних торгів замовника.

Аналогічна позиція міститься в роз'ясненні Мінекономрозвитку України від 27.01.2015 № 3302-05/2470-03.

Твердження Скаржника щодо наявності прямого впливу на органи управління КП «Градпроект» є безпідставними з наступних підстав.

Відповідно до пункту 1.6 Положення про департамент архітектури та містобудування Запорізької міської ради, затвердженого рішенням Запорізької міської ради від 25.01.2017 № 52 Департамент є органом управління майном КП «Градпроект».

Контроль з боку органу управління майном здійснюється, в порядку, визначеному рішенням виконавчого комітету Запорізької міської ради від 11.08.2017 № 425, з наступних питань:

- контроль за своєчасним складанням фінансових планів підприємства за виконанням показників затверджених фінансових планів;
- здійснення аналізу проектів фінансових планів, їх погодження на подання до департаменту економічного розвитку Запорізької міської ради для подальшого розгляду та погодження;
- підготовка висновків щодо виконання підприємством фінансового плану. Відповідно до Статуту КП «Градпроект» управління підприємством здійснюється на основі поєднання прав Засновника щодо господарського використання свого майна і принципів самоврядування трудового колективу підприємства Вищим органом управління підприємством є Рада Підприємства, яка складається з 3 осіб: уповноваженої особи Засновника, представника виборного органу трудового колективу, директорка підприємства.

Відповідно до пункту 8.12 Засновник та Рада не мають права втручатись в оперативну та господарську діяльність підприємства.

Департамент також не має право втручатись та не має можливості здійснення вирішального впливу на господарську діяльність КП «Градпроект», давати обов'язкові до виконання вказівки, не є органом управління та не володіє часткою (паєм, пакетом акцій), яка становить не менше ніж 25 відсотків статутного капіталу учасника.

Жоден із членів тендерного комітету, керівник Департаменту та/або члени їхніх сімей, не здійснюють контроль над КП «Градпроект» та не уповноважені здійснювати від імені підприємства юридичні дії, спрямовані на встановлення, зміну або зупинення цивільно-правових відносин.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Відповідно до частини першої статті 17 Закону Замовник приймає рішення про відмову учаснику в участі у процедурі закупівлі та зобов'язаний відхилити тендерну пропозицію учасника в разі, зокрема, якщо тендерна пропозиція подана учасником процедури закупівлі, який є пов'язаною особою з іншими учасниками процедури закупівлі та/або з членом (членами) тендерного комітету, уповноваженою особою (особами) замовника.

Представник Замовника на засіданні Колегії, яке відбулось 21.08.2018 зазначив, що КП «Градпроект» не є пов'язаною особою з членами тендерного комітету Замовника.

Скаржник не довів та документально не підтвердив, що КП «Градпроект» є пов'язаною особою з членом (членами) тендерного комітету Замовника в розумінні вимог Закону, у зв'язку з чим відсутні підстави для задоволення Скарги в цій частині.

34) В описаному вище прикладі Колегією було відмовлено в задоволенні вимог скаргника щодо зобов'язання замовника скасувати рішення про визначення переможця з визначеної пунктом 3 частини 1 статті 30 Закону підстави, виходячи з того, що навіть за умови доведення факту пов'язаності учасника процедури закупівлі із замовником, останнє не може бути за Законом підставою для відхилення пропозиції учасника. Для відхилення пропозиції такого учасника потрібно довести факт пов'язаності учасника з членом (членами) тендерного комітету або уповноваженою особою (особами) замовника.

35) UA-2018-03-26-000620-с

Скаргник повідомляє, що при розгляді документів ФОП Кубинець В.В та іншого учасника даної процедури ФОП Ковальський Андрій Олександрович виявлені факти, які можуть свідчити про зв'язок учасників, що є порушенням вимог пункту 7 частини першої статті 17 Закону України «Про публічні закупівлі»:

- довідки про відкриття рахунку та відсутність заборгованості які видані ФОП Кубинець В.В. ПАТ «ОЩАДБАНК» датовані 03.04.2018 року та мають вихідні № 159. 160, відповідні довідки, які завантажив ФОП Ковальський А.О. теж датовані 03.04.2018 та мають вихідні № 161, 162 відповідно. При цьому, довідки для обох учасників видані в одному відділенні та однією посадовою особою;
- відповідно до відкритого ресурсу учасники пов'язані між собою однаковим мобільним номером;
- усі документи підготовлені учасниками мають схожість за стилем складання, мають однакові помилки, підписані та завірнені однією особою.

Замовник вважає, що усі зауваження викладені у даному пункті Скарги свідчать тільки про здогадки Скаргника та не можуть розцінюватись як законні підстави для відхилення пропозиції ФОП Кубинця Василь Васильович.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Згідно з пунктом 7 частини першої статті 17 Закону Замовник приймає рішення про відмову учаснику в участі у процедурі закупівлі та зобов'язаний відхилити тендерну пропозицію учасника в разі, якщо тендерна пропозиція подана учасником процедури закупівлі, який є пов'язаною особою з іншими учасниками процедури закупівлі та/або з членом (членами) тендерного комітету, уповноваженою особою (особами) замовника.

Згідно зі статтею 1 Закону пов'язана особа - особа, яка відповідає будь-якій з таких ознак:

- юридична особа, яка здійснює контроль над учасником процедури закупівлі або контролюється таким учасником процедури закупівлі, або перебуває під спільним контролем з таким учасником процедури закупівлі;
- фізична особа або члени її сім'ї, які здійснюють контроль над учасником процедури закупівлі;
- службова (посадова) особа учасника процедури закупівлі, уповноважена здійснювати від імені учасника процедури закупівлі юридичні дії, спрямовані на встановлення, зміну або зупинення цивільно-правових відносин, та члени сім'ї такої службової (посадової) особи;
- фізичні особи – члени тендерного комітету, керівник замовника та/або члени їхніх сімей, які здійснюють контроль над учасниками процедури закупівлі або уповноважені здійснювати від імені учасника процедури закупівлі юридичні дії, спрямовані на встановлення, зміну або зупинення цивільно-правових відносин.

Скаржник не довів та документально не підтвердив, що ФОП Кубинець В.В та ФОП Ковальський Андрій Олександрович є пов'язаними особами, у зв'язку з чим відсутні підстави для задоволення Скарги в цій частині.

36) UA-2018-02-23-002378-с

Відповідно до протоколу розгляду тендерних пропозицій від 26.06.2018 № 1555/307/18-Т *Пропозицію Скаржника було відхилено* Замовником з наступної підстави: «За результатами вивчення господарської діяльності учасників публічної закупівлі, виявлено окремі ознаки погодженої конкурентної поведінки з боку посадових осіб ТОВ «АВТОНОМНІ ДЖЕРЕЛА СТРУМУ» та ТОВ «НАЙФ Україна» та їхньої взаємної обізнаності щодо участі і цінової політики, з яких вбачається пов'язаність учасників між собою».

Скаржник зазначає, що відмовляти учаснику в участі у процедурі закупівлі та відхиляти тендерну пропозицію на підставі обставин викладеними Замовником положеннями статті 17 Закону не передбачено.

Скаржник зазначає, що у відповідності до статті 7 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» перевірка суб'єкта господарювання щодо дотримання ним вимог законодавства про захист економічної конкуренції та проведення розслідувань про порушення законодавства про захист економічної конкуренції відноситься до повноважень Антимонопольного комітету України. Однак, жодних рішень та «результатів» вивчення господарської діяльності із виявленими ознаками погодженої конкурентної поведінки з боку органів державної влади щодо ТОВ «АВТОНОМНІ ДЖЕРЕЛА СТРУМУ» не встановлено. Так само, відсутні будь-які рішення про вчинення юридичною або її службовою особою корупційних правопорушень.

Також Скаржник зазначає, що ТОВ «АВТОНОМНІ ДЖЕРЕЛА СТРУМУ» жодним чином не пов'язане з іншими учасниками закупівлі та відповідає усім кваліфікаційним критеріям, а обставини, на які посилається Замовник, не містять посилань на будь-які рішення, з чого вбачається дискримінаційне ставлення до учасника конкурсних торгів з боку Замовника.

Замовник у своїх поясненнях по суті Скарги зазначає, що на адресу ПАТ «Укрзалізниця» надійшов лист Служби Безпеки України щодо ознак погодженої конкурентної поведінки учасників ТОВ «АВТОНОМНІ ДЖЕРЕЛА СТРУМУ» та ТОВ «НАЙФ Україна» на закупівлю UA-2018-02-23-002378-с. За результатами розгляду листа Служби Безпеки України було виявлено наступне.

Відповідно до інформації з Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань засновником юридичної особи ТОВ «АДС» є ТОВ «ТД «АДС», а кінцевим бенефіціарним власником ТОВ «АДС» є Крисько Валерій Віталійович (далі – Крисько В.В.). У свою чергу, засновником юридичної особи та кінцевим бенефіціарним власником ТОВ «НАЙФ Україна» є Полуситок Володимир Павлович (далі – Полуситок В.П.).

Так, 03.04.2018 Полуситок В.П. вийшов зі складу власників ТОВ «ТД «АДС» (засновником якого є ТОВ «АДС») та став засновником ТОВ «НАЙФ Україна». В подальшому учасниками ТОВ «НАЙФ Україна» (протокол від 10.04.2018 № 6 міститься у складі тендерної пропозиції) прийнято рішення щодо призначення директором підприємства Полуситка В.П. (приступив до виконання обов'язків з 11.04.2018), внесено зміни щодо місцезнаходження юридичної особи та засобів зв'язку.

Водночас, ТОВ «НАЙФ Україна» є офіційним представником ТОВ «АДС», а завантажені на веб-порталі «Prozorro» документи зазначених учасників повністю ідентичні, за винятком окремих позицій.

Замовник зазначає, що за результатами вивчення господарської діяльності учасників публічної закупівлі, виявлено окремі ознаки погодженої конкурентної поведінки з боку посадових осіб ТОВ «АВТОНОМНІ ДЖЕРЕЛА СТРУМУ» та ТОВ «НАЙФ Україна» та їхньої взаємної обізнаності щодо участі і цінової політики, з яких вбачається пов'язаність учасників між собою.

На засіданні Колегії, яке відбулось 20.07.2018, представник *Скаржника зазначив*, що стосовно Скаржника відсутні ознаки погоджених дій.

Засновниками ТОВ «АВТОНОМНІ ДЖЕРЕЛА СТРУМУ» є Крисько Валерій Віталійович та Крисько Денис Валерійович, засновником ТОВ «НАЙФ Україна» є Полуситок Володимир Павлович.

Скаржник у своїх поясненнях зазначає, що Замовник відхиляє тендерну пропозицію українського виробника і керується листом Служби Безпеки України від 20.06.2018 № 8/5/1-3947 попри те, що Служба Безпеки України взагалі не наділена правом втручатись у публічні закупівлі, а її співробітники явно перевищили службові повноваження, що впливає зі статті 25 Закону України «Про Службу безпеки України». Замовником не надано жодного доказу стосовно того, що ТОВ «Автономні джерела струму» є пов'язаною особою з ТОВ «НАЙФ Україна».

Скаржник зазначає, що перевірка суб'єкта господарювання щодо дотримання ним вимог законодавства про захист економічної конкуренції та проведення розслідувань про порушення законодавства про захист економічної конкуренції відноситься до повноважень Антимонопольного комітету України, а не Служби Безпеки України.

На засіданні Колегії *представник Замовника зазначив*, що відповідно до листа СБУ Полуситок В. П. вийшов зі складу засновників ТОВ «АВТОНОМНІ ДЖЕРЕЛА СТРУМУ» та став засновником ТОВ «НАЙФ Україна» та зазначив, що розуміє, що відхилення пропозиції учасника за вчинення антиконкурентних узгоджених дій можливе лише з моменту прийняття відповідного рішення Антимонопольним комітетом України.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Перелік документів, що подаються учасником для підтвердження відповідності пропозиції учасника кваліфікаційним критеріям та іншим вимогам відповідно до статей 16, 17 Закону, зазначені в додатку 2 Документації.

Додаток 2 Документації містить перелік документів, які вимагаються для підтвердження відповідності пропозиції учасника кваліфікаційним критеріям та іншим вимогам Замовника відповідно до статей 16, 17 Закону, відповідно до пункту 3.1 якого учасник має надати довідку довільної форми за підписом уповноваженої особи учасника та завірену печаткою з інформацією про відсутність підстав, визначених у частинах першій та другій статті 17 Закону за орієнтовним зразком відповідно до додатку 5.

Додаток 5 Документації містить форму довідки про відсутність підстав відмови в участі у процедурі закупівлі відповідно до статті 17 Закону.

Згідно з пунктом 7 частини першої статті 17 Закону замовник приймає рішення про відмову учаснику в участі у процедурі закупівлі та зобов'язаний відхилити тендерну пропозицію учасника в разі, якщо тендерна пропозиція подана учасником процедури закупівлі, який є пов'язаною особою з іншими учасниками процедури закупівлі та/або

з членом (членами) тендерного комітету, уповноваженою особою (особами) замовника.

Відповідно до пункту 16 частини першої статті 1 Закону пов'язаною особою є юридична особа, яка здійснює контроль над учасником процедури закупівлі або контролюється таким учасником процедури закупівлі, або перебуває під спільним контролем з таким учасником.

У складі Пропозиції Скаржника містяться довідка про відсутність підстав відмови в участі у процедурі закупівлі відповідно до статті 17 Закону, у якій ТОВ «АВТОНОМНІ ДЖЕРЕЛА СТРУМУ» зазначає, зокрема, що учасник не має підстав для внесення та учасника не внесено до Єдиного державного реєстру осіб, які вчинили корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення, а також, що учасник протягом останніх трьох років не притягувався до відповідальності за порушення, передбачене пунктом 4 частини другої статті 6, пунктом 1 статті 50 Закону України "Про захист економічної конкуренції", у вигляді вчинення антиконкурентних узгоджених дій, які стосуються спотворення результатів торгів (тендерів).

Згідно з інформацією в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань засновниками та кінцевими бенефіціарними власниками ТОВ «АВТОНОМНІ ДЖЕРЕЛА СТРУМУ» (код ЄДРПОУ 33102787) є Крисько Валерій Віталійович та Крисько Денис Валерійович.

Згідно з інформацією в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань засновником та кінцевими бенефіціарним власником ТОВ «НАЙФ Україна» (код ЄДРПОУ 33102787) є Полуситок Володимир Павлович.

У складі Пропозиції ТОВ «НАЙФ Україна» міститься лист, згідно з яким ТОВ «НАЙФ Україна» є офіційним представником ТОВ «АВТОНОМНІ ДЖЕРЕЛА СТРУМУ», якому надано право реалізації акумуляторів та акумуляторних батарей на весь термін постачання продукції. Виробник гарантує якість продукції, що пропонується до постачання.

Замовником на розгляд Колегії надано лист Служби безпеки України, у якому зазначено, що за результатами вивчення господарської діяльності учасників публічної закупівлі, виявлено окремі ознаки узгодження конкурентної поведінки з боку посадових осіб ТОВ «АДС» та ТОВ «НАЙФ Україна» та їх взаємної обізнаності щодо участі і цінової політики.

Зокрема, 03.04.2018 Полуситок В.П. вийшов зі складу власників ТОВ «ТД «АДС» (засновник ТОВ «АДС») та став засновником ТОВ «НАЙФ Україна». В подальшому учасниками ТОВ «НАЙФ Україна» (протокол від 10.04.2018 № 6) прийнято рішення щодо призначення директором підприємства Полуситка В.П. (приступив до виконання обов'язків 11.04.2018), внесено зміни щодо місцезнаходження юридичної особи та засобів зв'язку.

Водночас, ТОВ «НАЙФ Україна» є офіційним представником ТОВ «АДС», а завантажені на веб-порталі «Prozorro» документи вказаних учасників повністю ідентичні, за винятком окремих позицій Крім цього, тендерна документація філії «Центр забезпечення виробництва» ПАТ «Укрзалізниця» має окремі ознаки встановлення дискримінаційних умов, які полягають у визначенні габаритних розмірів акумуляторних батарей та блоків до них, що співпадають з продукцією ТОВ «АДС» та ТОВ «НАЙФ Україна».

Відповідно до статті 30 Закону Замовник відхиляє тендерну пропозицію в разі якщо, зокрема, наявні підстави, зазначені у статті 17 і частині сьомій статті 28 цього Закону. Відповідно до частині першої статті 17 Закону Замовник приймає рішення про відмову учаснику в участі у процедурі закупівлі та зобов'язаний відхилити тендерну пропозицію учасника в разі, якщо, зокрема, тендерна пропозиція подана учасником процедури закупівлі, який є пов'язаною особою з іншими учасниками процедури закупівлі та/або з членом (членами) тендерного комітету, уповноваженою особою (особами) замовника.

Замовник не довів та документально не підтвердив, що Пропозиція, подана ТОВ «АВТОНОМНІ ДЖЕРЕЛА СТРУМУ», є такою, що подана учасником процедури закупівлі, який є пов'язаною особою з іншими учасниками процедури закупівлі та/або з членом (членами) тендерного комітету, уповноваженою особою (особами) замовника.

Враховуючи інформацію, наведену в мотивувальній частині цього рішення, пропозиція Скаржника була неправомірно відхилена Замовником за лотом № 2 з підстав, наведених у протоколі від 26.06.2018 № 1555/307/18-Т.

37) В описаних вище двох прикладах як скаржником, так і замовником помилково було ототожнено поняття пов'язаності осіб та антиконкурентних узгоджених дій між учасниками, що стосуються спотворення результатів торгів, тендерів. Описані в скарзі та підставі відхилення схожості в пропозиціях двох учасників можуть свідчити про наявність в діях останніх ознак порушення законодавства про захист економічної конкуренції, передбаченого пунктом 4 частини 2 статті 6 Закону України «Про захист економічної конкуренції». При цьому суб'єктами вчинення такого порушення можуть бути, в тому числі особи, що не пов'язані між собою, а факт вчинення такого порушення встановлюється виключно відповідним рішенням Антимонопольного комітету України. Натомість, жодних ознак та доказів саме пов'язаності осіб як скаржником (в першому випадку), так і замовником (в другому) не було зазначено та надано.

38) UA-2018-09-06-000189-b

Скаржник зазначає, що ТОВ «АТЛЕТІКА ВІВА» та ТОВ «НІКОСПОРТ» були вчинені антиконкурентні узгоджені дій, що призвели до спотворення результату конкурсу, оскільки учасники пов'язані між собою, а саме: у Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань міститься інформація про те, що засновником та керівником ТОВ «ТОРГОВИЙ ДІМ «ЯРУНЬ» є Гафтанюк Людмила Миколаївна та Нікітін Павло Валерійович, які водночас є керівниками юридичних осіб-учасників процедури.

Скаржником на розгляд Колегії надано витяги з Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань з відомостями щодо ТОВ «АТЛЕТІКА ВІВА», ТОВ «НІКОСПОРТ», ТОВ «ТД «ЯРУНЬ».

Замовник зазначає, що згідно з приписом пункту 7 частини першої статті 17 Закону Замовник відмовляє учаснику у участі в Процедурі закупівлі, у разі якщо тендерна пропозиція подана учасником процедури закупівлі, який є пов'язаною особою з іншими учасниками процедури закупівлі та /або членом (членами) комітету з конкурсних торгів уповноваженою особою (особами) замовника.

Замовник зазначає, що відповідно, частини другої статті 32 Закону в період оскарження рішень на укладання договору про закупівлю було виявлено, що ТОВ «АТЛЕТІКА ВІВА» та ТОВ «НІКОСПОРТ» здійснювали антиконкурентні узгоджені

дії, оскільки учасники пов'язані між собою, а саме: засновником та керівником товариства з обмеженою відповідальністю «ТОРГОВИЙ ДІМ «ЯРУНЬ» є Гафтанюк Людмила Миколаївна та Нікітін Павло Валерійович, які водночас є керівниками юридичних осіб-учасників Процедури закупівлі. В подальшому опрацювавши дану інформацію в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань на сайті (minjust.gov.ua) Міністерства юстиції України, щодо товариства з обмеженою відповідальністю «ТОРГОВИЙ ДІМ «ЯРУНЬ», Замовник підтверджує порушення пункту 7 частини першої статті 17 Закону та визнає, що керівники ТОВ «АТЛЕТІКА ВІВА» та ТОВ «НІКОСПОРТ» є пов'язаними особами.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Відповідно до статті 19 Конституції України органи державної влади та органи місцевого самоврядування, їх посадові особи зобов'язані діяти лише на підставі, в межах повноважень та у спосіб, що передбачені Конституцією та законами України.

Питання встановлення факту вчинення антиконкурентних узгоджених дій учасника Процедури закупівлі тощо не належить до компетенції органу оскарження, у зв'язку з чим наведене питання не може бути предметом розгляду органу оскарження.

Пунктом 5 розділу III Документації передбачено, що у разі, якщо виявлено наявність підстав для відмови в участі у Процедурі закупівлі, Замовник приймає (може прийняти – у випадках, передбачених частиною другою статті 17 Закону) рішення про відмову учаснику в участі у Процедурі закупівлі.

Додаток 1 Документації містить зокрема, таблиця 2 «документи, що підтверджують відсутність підстав, визначених частинами першою і другою статті 17 Закону, яка передбачає, зокрема, довідку в довільній формі щодо відсутності підстав у відмові учаснику в участі у процедурі закупівлі, визначених у статті 17 Закону (учасник може використовувати при наданні згаданої інформації форму), вказаною таблицею також передбачена форма довідки.

Згідно з пунктом 7 частини першої статті 17 Закону замовник приймає рішення про відмову учаснику в участі у процедурі закупівлі та зобов'язаний відхилити тендерну пропозицію учасника в разі, якщо тендерна пропозиція подана учасником процедури закупівлі, який є пов'язаною особою з іншими учасниками процедури закупівлі та/або з членом (членами) тендерного комітету, уповноваженою особою (особами) замовника.

У складі Пропозиції ТОВ «АТЛЕТІКА ВІВА» міститься довідка щодо відсутності підстав у відмові учаснику в участі закупівлі, визначених у статті 17 Закону, відповідно до якої, учасник процедури закупівлі повідомляє, що не є пов'язаною особою з іншими учасниками Процедури закупівлі та/або з членами тендерного комітету, уповноваженою особою Замовника.

Відповідно до статуту ТОВ «АТЛЕТІКА ВІВА», що наданий у складі Пропозиції ТОВ «АТЛЕТІКА ВІВА», учасником товариства є Громадська спілка «Федерація легкої атлетики України», яка володіє 100% статутного капіталу і у відповідності до цього вона володіє 100 голосами на загальних зборах учасника товариства.

У складі Пропозиції ТОВ «НІКОСПОРТ» міститься довідка щодо відсутності підстав у відмові учаснику в участі закупівлі, визначених у статті 17 Закону, відповідно до якої, учасник процедури закупівлі повідомляє, що не є пов'язаною особою з іншими учасниками Процедури закупівлі та/або з членами тендерного комітету, уповноваженою особою Замовника.

Відповідно до статуту ТОВ «НІКОСПОРТ», що наданий у складі Пропозиції ТОВ «НІКОСПОРТ», учасником товариства є Нікітін Павло Валерійович. Згідно з інформацією в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань засновником є Громадська спілка «Федерація легкої атлетики України» та кінцевими бенефіціарними власниками ТОВ «АТЛЕТІКА ВІВА» є Александров В.Ф, Борзов В.П, Коленко О.М, керівник – Гафтанюк Л.М.

Згідно з інформацією в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань засновником ТОВ «НІКОСПОРТ» є Нікітін Павло Валерійович.

Згідно з інформацією в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань засновником ТОВ «ТД «ЯРУНЬ» є, відповідно, Гафтанюк Л.М, керівник – Нікітін П.В.

Вказана інформація не свідчить про те, що ТОВ «НІКОСПОРТ» та ТОВ «АТЛЕТІКА ВІВА» є пов'язаними особами в розумінні Закону.

Враховуючи викладене, Скаржник не довів та документально не підтвердив, що Пропозиція, подана ТОВ «АТЛЕТІКА ВІВА», є такою, що подана учасником процедури закупівлі, який є пов'язаною особою з іншим учасником Процедури закупівлі в розумінні вимог Закону, у зв'язку з чим відсутні підстави для задоволення Скарги в цій частині.

39) В описаному вище прикладі скаржник помилково вважав, що пов'язаність учасників може бути визначена опосередковано через фізичних осіб, які будучи керівником одного учасника (Гафтанюк Л.М.) та керівником та засновником іншого учасника (Нікітін П.В.), є одночасно керівником (Нікітін П.В.) та засновником (Гафтанюк Л.М.) іншої юридичної особи, яка не є учасником процедури закупівлі. При цьому зазначена пов'язаність не свідчить та скаржником не було доведено, що:

- **один з учасників процедури закупівлі здійснює контроль над іншим учасником процедури закупівлі або контролюється таким учасником процедури закупівлі, або перебуває під спільним контролем з таким учасником процедури закупівлі;**
- **службова (посадова) особа учасника процедури закупівлі, уповноважена здійснювати від імені учасника процедури закупівлі юридичні дії, спрямовані на встановлення, зміну або зупинення цивільно-правових відносин, та члени сім'ї такої службової (посадової) особи, пов'язана відносинами контролю та має вирішальний вплив на іншого учасника процедури закупівлі;**
- **можливість одного учасника здійснювати вирішальний вплив на господарську діяльність іншого учасника процедури закупівлі безпосередньо або через більшу кількість пов'язаних фізичних чи юридичних осіб, що здійснюється, зокрема, шляхом реалізації права володіння або користування всіма активами чи їх значною часткою, права вирішального впливу на формування складу, результати голосування, а також вчинення правочинів, що надають можливість визначати умови господарської діяльності, надавати обов'язкові до виконання вказівки або виконувати функції органу управління учасника процедури закупівлі, або володіння часткою (паєм, пакетом акцій), що становить не менше ніж 25 відсотків статутного капіталу учасника процедури закупівлі.**

Відповідно до протоколу розгляду тендерних пропозицій від 07.08.2018 № 189 підставою відхилення тендерної пропозиції Скаржника було наступне: «відповідно до документів, що надано в тендерній пропозиції, а саме протоколу установчих зборів Засновників Товариства з обмеженою відповідальністю «Центр ветеринарної діагностики» (ТОВ «ЦВД») від 25.02.2014, витягу з Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб підприємців та громадських формувань – Собко Ірина Олександрівна є керівником товариства.

Відповідно до Статуту, який надано в тендерній пропозиції та відкритих даних Єдиного державного реєстру юридичних осіб, фізичних осіб підприємців та громадських формувань Собко Юрій Анатолійович є одним з власників товариства. Згідно інформації, яка є у вільному доступі в мережі Інтернет (реєстри, ЗМІ) Собко Ірина Олександрівна та Собко Юрій Анатолійович – чоловік та дружина. Відповідно до підпункту 14.1.159 пункту 14.1 статті 14 Податкового кодексу України юридичні особи ТОВ «ЦВД» та ТОВ «ВЕТФАКТОР ЛТД» є пов'язаними особами, відносини між якими через родинні (сімейні) зв'язки можуть впливати на умови або економічні результати їх діяльності.

Відповідно до пункту 7 частини 1 статті 17 Закону Замовник приймає рішення про відмову в участі у процедурі закупівлі та зобов'язаний відхилити учасників ТОВ «ЦВД» та ТОВ «ВЕТФАКТОР ЛТД».

Скаржник зазначає, що Замовник, приймаючи рішення про відхилення його тендерної пропозиції з посиланням на підпункт 14.1.159 пункту 14.1 статті 14 Податкового кодексу України, не конкретизував, під який саме критерій визначення пов'язаних осіб в даному підпункті підпадає директор ТОВ «ЦВД» – дружина та один із власників Скаржника – чоловік, окрім як визначив через родинні (сімейні відносини), але такий критерій в підпункті відсутній.

Скаржник зазначає, що відповідно до відомостей, визначених в ЄДР, про ТОВ «ЦВД» визначено, що засновник Хлівний Леонід Іванович (одноосібний), директор Собко Ірина Олександрівна.

Скаржник зазначає, що відповідно до пункту 8.4 Статуту ТОВ «ЦВД» рішення загальних зборів учасників з усіх питань приймаються більшістю голосів.

Таким чином рішення приймається Хлівним Л.І., як одноосібним власником, що унеможливорює економічний вплив на нього власників ТОВ «ВЕТФАКТОР ЛТД».

Скаржник зазначає, що відповідно до відомостей визначених в ЄДР про ТОВ «ВЕТФАКТОР ЛТД» визначено засновників Панченко О.О. – 49 % та Собко Ю.А. 51 %, директор Тищенко О.М.

Скаржник зазначає, що відповідно до пункту 9.7 Статуту ТОВ «ВЕТФАКТОР ЛТД» Загальні збори Учасників вважаються повноваженими, якщо на них присутні Учасники (представники Учасників), що володіють у сукупності більш як 60 відсотків голосів. Таким чином прийняття рішення здійснюється двома учасниками сукупно Панченко О.О. та Собко Ю.А.

Скаржник зазначає, що директор Собко І.О. як найманий працівник ТОВ «ЦВД» – дружина, яка не володіє корпоративними правами ТОВ «ЦВД», та ТОВ «ВЕТФАКТОР ЛТД» та один з учасників ТОВ «ВЕТФАКТОР ЛТД» Собко Ю.А. – чоловік, який не володіє корпоративними правами ТОВ «ЦВД» та усіма правами ТОВ «ВЕТФАКТОР ЛТД», не підпадають під підпункт 14.1.159 пункту 14.1 статті 14 ПК України та не є пов'язаними особами.

Замовник у своїх поясненнях зазначає, що Замовнику стало відомо з інформації, яка є у вільному доступі мережі Інтернет, що Собко Ірина Олександрівна та Собко Юрій Анатолійович чоловік та дружина (<http://agro.press/storage/journal/90/parts/1564/6a6441d528471ed53e7ad0070436c502.pdf>). Замовник зазначає, що не може не враховувати всіх ризиків під час розгляду тендерних пропозицій учасників і не може не реагувати на антиконкурентні узгоджені дії, коли відкриті наявні факти участі в закупівлі в якості конкурентів подружньої пари.

Замовник зазначає, що визначення пов'язаних осіб не обмежується Законом. Замовник зазначає, що при розгляді тендерної пропозиції Скаржника враховувалась норма частини четвертої підпункту 14.1.159 пункту 14.1 статті 14 Податкового кодексу України, якою встановлено, пов'язані особи – юридичні та/або фізичні особи, відносини між якими можуть впливати на умови або економічні результати їх діяльності чи діяльності осіб, яких вони представляють, з урахуванням таких критеріїв для фізичної особи та юридичної особи: фізична особа безпосередньо та/або опосередковано (через пов'язаних осіб) володіє корпоративними правами юридичної особи у розмірі 20 і більше відсотків.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Згідно з частиною першою статті 17 Закону Замовник приймає рішення про відмову учаснику в участі у процедурі закупівлі та зобов'язаний відхилити тендерну пропозицію учасника в разі, якщо, зокрема, тендерна пропозиція подана учасником процедури закупівлі, який є пов'язаною особою з іншими учасниками процедури закупівлі та/або з членом (членами) тендерного комітету, уповноваженою особою (особами) замовника.

На засіданні Колегії, яке відбулось 21.08.2018, представник Скаржника підтвердив, що Собко Ірина Олександрівна та Собко Юрій Анатолійович чоловік та дружина, та підтвердив, що Собко Ірина Олександрівна займає посаду директора ТОВ «ЦВД», а Собко Юрій Анатолійович є засновником ТОВ «Ветфактор ЛТД» з розміром внеску до статутного фонду 51 %.

Виходячи з інформації, наведеної Замовником у протоколі розгляду тендерних пропозицій від 07.08.2018 № 189, Собко Ірина Олександрівна (директор ТОВ «ЦВД») та Собко Юрій Анатолійович (засновник Скаржника) є чоловіком та дружиною.

Зазначена інформація не спростована Скаржником.

Відповідно до інформації, яка міститься в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань засновником ТОВ «ЦВД» є Хлівний Леонід Іванович; директором – Собко Ірина Олександрівна.

Відповідно до інформації, яка міститься в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, прізвище, ім'я, по батькові, дата обрання (призначення) осіб, які обираються (призначаються) до органу управління юридичної особи, уповноважених представляти юридичну особу у правовідносинах з третіми особами, або осіб, які мають право вчиняти дії від імені юридичної особи без довіреності, у тому числі підписувати договори та дані про наявність обмежень щодо представництва від імені юридичної особи ТОВ «ЦВД» – Собко Ірина Олександрівна – керівник з 27.02.2014.

Відповідно до інформації, яка міститься в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб-підприємців та громадських формувань засновниками Скаржника є Панченко Олег Олександрович (розмір внеску до статутного фонду 52 920, 00 грн) та Собко Юрій Анатолійович (розмір внеску до статутного фонду 55 080, 00 грн).

Враховуючи наведене, Собко Юрій Анатолійович володіє часткою (паєм, пакетом акцій), що становить не менше ніж 25 відсотків статутного капіталу учасника Процедури закупівлі.

Враховуючи наведене, Скаржник та ТОВ «ЦВД» є пов'язаними особами в розумінні вимог закону, тому тендерна пропозиція Скаржника була правомірно відхилена Замовником із зазначеної в протоколі підстави, у зв'язку з чим відсутні підстави для задоволення Скарги в цій частині.

- 41) Як видно із описаного вище прикладу, Колегією було підтримано позицію замовника щодо пов'язаності двох учасників між собою та визнано правомірним відхилення пропозицій останніх з огляду на те, що:**
член сім'ї службової (посадової) особи одного учасника процедури закупівлі, уповноваженої здійснювати від імені учасника процедури закупівлі юридичні дії, спрямовані на встановлення, зміну або зупинення цивільно-правових відносин, володіє часткою другого учасника процедури закупівлі, в обсязі не менше ніж 25 відсотків статутного капіталу.

III. Практика Постійно діючої адміністративної колегії АМКУ з розгляду скарг у сфері державних закупівель.

- 42) Оголошення № 164035, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу, бюлетень від 10.09.2014 № 82 (10.09.2014)

Згідно з протоколом відхилення пропозицій конкурсних торгів від 21.10.2014 № 132 пропозиція конкурсних торгів Скаржника була відхилена Замовником відповідно до пункту 2 частини першої статті 29 Закону – у зв'язку з наявністю підстави, зазначеної у пункті 6 частини першої статті 17 Закону.

Скаржник вважає рішення Замовника про відхилення його пропозиції конкурсних торгів незаконним, прийнятим з порушенням нормативно-правових актів України, таким, що порушує його права і підлягає скасуванню у зв'язку з тим, що не є пов'язано особою з іншими учасниками Процедури закупівлі та не має ознак пов'язаної особи, передбачених пунктом 19 частини першої статті 1 Закону.

Замовник у своїх поясненнях повідомив, що в довідці про наявність працівників відповідної кваліфікації, яка надана в складі пропозиції конкурсних торгів Скаржника, зазначено, що Пиляєв Д.Є. є заступником директора 4 роки. При цьому, у наказі від 01.09.2014 № 8/9, який наданий у складі пропозиції конкурсних торгів ТОВ «Компанія МАШПРОМ», зазначено про звільнення Пиляєва Д.Є. з посади директора ТОВ «Компанія МАШПРОМ» та переведення на посаду менеджера. Тобто Пиляєв Д.Є. працює в обох підприємствах на управлінських посадах.

На думку Замовника, зазначене вище свідчить про те, що Пиляєв Д.Є. є пов'язаною особою згідно з пунктом 6 частини 1 статті 17 Закону.

Замовник повідомив, що на підставі викладеного вище було прийнято рішення про відмову Скаржнику та ТОВ «Компанія МАШПРОМ» в участі у Процедурі закупівлі згідно з пунктом 6 частини 1 статті 17 Закону.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією було встановлено наступне.

Відповідно до пункту 2 частини першої статті 29 Закону замовник відхиляє пропозицію конкурсних торгів у разі, якщо наявні підстави, зазначені у статті 17 та частині сьомій статті 28 цього Закону.

Згідно з пунктом 6 частини першої статті 17 Закону замовник приймає рішення про відмову учаснику в участі у процедурі закупівлі та зобов'язаний відхилити

пропозицію конкурсних торгів учасника у разі, якщо пропозиція конкурсних торгів подана учасником процедури закупівлі, який є пов'язаною особою з іншими учасниками процедури закупівлі та/або з членом (членами) комітету з конкурсних торгів замовника.

Копія пропозиції конкурсних торгів Скаржника містить документ «довідка про наявність працівників відповідної кваліфікації від 30.09.2014 № 761», згідно з якою заступником директора Скаржника є Пиляєв Д.Є.

У складі копії пропозиції конкурсних торгів ТОВ «Компанія «МАШПРОМ» міститься копія наказу від 01.09.2014 № 8/9, згідно з яким Пиляєва Д.Є. звільнено з посади директора зазначеного підприємства та переведено на посаду менеджера. При цьому, копія пропозиції конкурсних торгів ТОВ «Компанія «МАШПРОМ» містить документ «довідка про наявність працівників відповідної кваліфікації від 22.09.2014 № 220914/2», в якому відсутня інформація про такого працівника, як Пиляєв Д.Є.

Крім того, копія пропозиції конкурсних торгів ТОВ «Компанія «МАШПРОМ» містить копію протоколу загальних зборів учасників вказаного товариства від 01.09.2014 № 8/9, згідно з яким Пиляєв Д.Є., якому належало 100 % статутного капіталу товариства, передав свою частку іншій особі.

Таким чином, наведені вище матеріали не підтверджують того, що Скаржник є пов'язаною особою з іншими учасниками Процедури закупівлі, зокрема, з ТОВ «Компанія «МАШПРОМ».

Враховуючи викладене вище, пропозиція конкурсних торгів Скаржника відхилена Замовником неправомірно.

43) У зазначеному вище прикладі, замовником не було доведено, що обіймаючи посаду менеджера, Пиляєв Д.Є був службовою (посадовою) особою, уповноваженою здійснювати від імені учасника процедури закупівлі юридичні дії, спрямовані на встановлення, зміну або зупинення цивільно-правових відносин.

44) Оголошення № 063606, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу, бюлетень від 25.02.2015 № 200(25.02.2015)

У Скарзі КП «Шкільне» повідомляє, що його пропозиція конкурсних торгів була відхилена і недопущена до процедури оцінки пропозицій конкурсних торгів, оскільки його було визнано пов'язаною особою із замовником торгів – Управлінням освіти Печерської районної в місті Києві державної адміністрації (його членами) через перебування під спільним контролем Печерської районної в м. Києві державної адміністрації, до сфери управління якої віднесено КП «Шкільне» на підставі рішення Київської міської ради від 02.12.2010 № 284/5096 та підпункту 1.1 Статуту зазначеного підприємства. А також Замовник відповідно до положення про управління є структурним підрозділом Печерської районної в м. Києві державної адміністрації, а підтвердженням ознак пов'язаної особи є аудиторський звіт від 15.04.2014 № 054-8-1-04/31.

Скаржник не погоджується з такою підставою відхилення, оскільки його пропозиція конкурсних торгів була складена належним чином та містила все необхідне для процедури оцінки.

Скаржник зазначив, що відповідно до пункту 6.2 розділу 6 Статуту КП «Шкільне» «Підприємство очолює Директор, призначається на посаду та звільняється з посади розпорядженням голови Печерської районної в місті Києві державної адміністрації згідно з розподілом обов'язків на умовах контракту». Також Скаржник повідомив, що

відповідно до пункту 1.2 розділу 1 Статуту «власником та засновником підприємства є територіальна громада міста Києва, від імені якої виступає Київська міська рада». Скаржник повідомив, що відповідно до вимог Закону не є пов'язаною особою ні з іншими учасниками Процедури закупівлі, ні з членом (членами) комітету конкурсних торгів Замовника.

Стосовно зазначеного пункту Скарги *Замовник зазначив*, що під час розгляду пропозиції конкурсних торгів Скаржника було встановлено, що його пропозиція підлягає відхиленню на підставі пункту 6 частини першої статті 17 Закону, оскільки КП «Шкільне» як учасник процедури закупівлі є пов'язаною особою із Замовником торгів – Управлінням освіти Печерської районної в місті Києві державної адміністрації (його членами) через перебування під спільним контролем Печерської районної в м. Києві державної адміністрації, до сфери управління якої віднесено КП «Шкільне» на підставі рішення Київської міської ради від 02.12.2010 № 284/5096 та пункту 1.1 Статуту зазначеного підприємства.

Також Замовник повідомив, що він відповідно до положення про управління є структурним підрозділом Печерської районної в м. Києві державної адміністрації. Керівник замовника торгів та керівник призначаються на посаду головою Печерської районної в м. Києві державної адміністрації.

Крім того, Замовник повідомив, що підтвердженням ознак пов'язаної особи КП «Шкільне» є Аудиторський звіт від 15.05.2014 № 054-8-1-04/31 Управління внутрішнього фінансового контролю та аудиту Департаменту фінансів виконавчого органу Київської міської ради, копія якого була надана Замовником, в якому зазначено, що КП «Шкільне» (переможець процедури відкритих торгів на закупівлю послуг їдалень з надання харчування у 2013 році) і Замовник торгів створені і перебувають під спільним контролем Печерської районної в м. Києві державної адміністрації і відповідно до умов Закону мають ознаки пов'язаних осіб. І саме з цієї причини процедуру оцінки пропозицій конкурсних торгів було проведено на підставі вимог Закону серед учасників, пропозиції яких не було відхилено, а за результатами проведення процедури оцінки пропозицій конкурсних торгів найвигоднішою (найменшою) було визначено пропозицію конкурсних торгів ПП «Чілдрен-Продукт».

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Згідно з пунктом 19 частини першої статті 1 Закону пов'язана особа, зокрема, юридична особа, яка здійснює контроль над учасником процедури закупівлі, або контролюється таким учасником процедури закупівлі, або перебуває під спільним контролем з таким учасником процедури закупівлі.

Під здійсненням контролю потрібно розуміти можливість здійснення вирішального впливу або вирішальний вплив на господарську діяльність учасника процедури закупівлі безпосередньо або через більшу кількість пов'язаних фізичних чи юридичних осіб, що здійснюється, зокрема, шляхом реалізації права володіння або користування всіма активами чи їх значною часткою, права вирішального впливу на формування складу, результати голосування, а також вчинення правочинів, які надають можливість визначати умови господарської діяльності, давати обов'язкові до виконання вказівки або виконувати функції органу управління учасника процедури закупівлі, або володіння часткою (паєм, пакетом акцій), яка становить не менше ніж 25 відсотків статутного капіталу учасника процедури закупівлі.

Відповідно до пункту 6 частини першої статті 17 Закону Замовник приймає рішення про відмову учаснику, учаснику попередньої кваліфікації в участі у процедурі

закупівлі, попередній кваліфікації учасників та зобов'язаний відхилити пропозицію конкурсних торгів (кваліфікаційну, цінову пропозицію) учасника (учасника попередньої кваліфікації) у разі, зокрема, якщо пропозиція конкурсних торгів (кваліфікаційна, цінова пропозиція) подана учасником процедури закупівлі, який є пов'язаною особою з іншими учасниками процедури закупівлі та/або з членом (членами) комітету з конкурсних торгів замовника.

Враховуючи викладене, пропозиція конкурсних торгів Скаржника була неправомірно відхиlena через наведену у протоколі відхилення підставу.

- 45) Схожий приклад вже було наведено в розділі практики Колегії у сфері публічних закупівель. Колегією було задоволено скаргу та зобов'язано замовника скасувати рішення про відхилення пропозиції скаржника, виходячи з того, що навіть за умови доведення факту пов'язаності учасника процедури закупівлі із замовником, останнє не може бути за Законом підставою для відхилення пропозиції учасника. Для відхилення пропозиції такого учасника потрібно довести факт пов'язаності учасника з членом (членами) тендерного комітету або уповноваженою особою (особами) замовника.*

IV. Висновок та пропозиція.

Враховуючи вищевикладене, можна прийти до висновку, що як замовниками, так і учасниками часто не вірно застосовуються норми Закону щодо пов'язаних осіб. Зазначене може бути наслідком як недостатньої обізнаності замовників та учасників щодо правозастосування таких норм Закону, так і не повної відповідності останніх сучасним викликам закупівельної сфери. У зв'язку з чим, пропоную доручити Департаменту з питань оскаржень рішень у сфері публічних закупівель Антимонопольного комітету України підготувати зазначені узагальнення для направлення останніх листом до Міністерства економічного розвитку та торгівлі України, як Уповноваженого органу, з метою врахування їх в роботі останнього та запропонувати Уповноваженому органу узагальнити пов'язані з цим проблемні питання та за результатом, за необхідності, в межах повноважень, вжити передбачених Законом заходів.