



АНТИМОНОПОЛЬНИЙ КОМІТЕТ УКРАЇНИ

вул. Митрополита Василя Липківського, 45, м. Київ, 03035, тел. (044)251-62-62, факс (044)520-03-25
E-mail: slg@amcu.gov.ua Web: http://www.amcu.gov.ua Код ЄДРПОУ 00032767

16.12.2020 № 20-29/01-17282 На № _____ від _____

+

Міністерство розвитку економіки,
торгівлі та сільського господарства
України

+

Комітет Верховної Ради України з
питань економічного розвитку

Про розгляд законопроекту

На виконання доручення Віце-прем'єр-міністра України - Міністра цифрової трансформації України Федорова М. А. від 11.12.2020 № 50286/1/1-20 до звернення Комітету Верховної Ради України з питань економічного розвитку від 09.12.2020 № 04-16/13-2020/234929 щодо законопроекту від 17.11.2020 № 4394 "Про внесення змін до Закону України "Про публічні закупівлі" та деяких інших законодавчих актів України щодо посилення контролю та відповідальності за порушення законодавства у сфері публічних закупівель, забезпечення належного захисту прав учасників публічних закупівель" (далі – законопроект № 4394, законопроект) Антимонопольний комітет України (далі – Комітет) повідомляє наступне.

Законопроектом № 4394 пропонується внести зміни до Закону України "Про публічні закупівлі" (далі – Закон), які відповідно до пояснювальної записки до законопроекту № 4394 розроблені з метою посилення контролю та відповідальності за порушення недобросовісними замовниками законодавства у сфері публічних закупівель, забезпечення належного захисту прав учасників публічних закупівель від недобросовісних замовників.

Разом з тим, запропоновані зміни у разі їх реалізації, на думку Комітету, призведуть до неузгодженості при застосуванні положень законопроекту замовниками та учасниками, а також до невідповідності законодавству повноважень, якими наділені орган оскарження та орган державного фінансового контролю.

1. Законопроектом № 4394 пропонується, зокрема, частину другу статті 8 Закону доповнити новим пунктом 6 та абзацом, згідно з яким передбачити, що *моніторинг з підстав*, передбачених пунктом 6 частини другої цієї статті, *а саме* - у разі, якщо інформація, отримана від учасника закупівлі про наявність ознак вчинення замовником, його керівником, службовою (посадовою) особою, уповноваженою особою замовника або іншими особами повторного порушення (повторних порушень) законодавства у сфері публічних закупівель в межах однієї закупівлі, які встановлено (встановлені) органом

203417

оскарження у його рішеннях, прийнятих за результатом розгляду скарг цього учасника в якості суб'єкта оскарження в порядку статті 18 цього Закону *та/або встановлені в рішенні суду яке набрало законної сили, позивачем за яким був такий учасник не проводитиметься органом оскарження* у випадках якщо повідомленні учасником порушення законодавства у сфері закупівель полягають у невідповідності тендерної документації вимогам частини четвертої статті 22 цього Закону".

При цьому, здійснення моніторингу процедур закупівель не належить до функцій органу оскарження, у зв'язку з чим зазначене положення законопроекту № 4394 потребує виключення.

2. Частину дев'яту статті 8 Закону пропонується доповнити абзацом другим наступного змісту:

"За результатами проведення моніторингу процедури закупівлі на підставі пункту 6 частини другої цієї статті, керівник, службова (посадова) особа замовника, уповноважена особа замовника та/або інша особа, яка має повноваження від імені замовника укладати договори, в разі наявності підстав, притягаються до адміністративної відповідальності за порушення законодавства у сфері публічних закупівель, що встановлені у відповідних рішеннях органу оскарження та/або суду та зафіксовані органом державного фінансового контролю у висновку за результатами моніторингу процедури закупівлі, незалежно від факту усунення таких порушень".

Притягнення відповідних осіб замовника до відповідальності незалежно від факту усунення порушень нівелює принцип та мотивацію з боку замовників усувати порушення, адже незалежно від того, були усунуті ним порушення чи ні, відповідна особа замовника все одно буде притягуватись до відповідальності.

Це призведе до протилежного від означеного метою розроблення законопроекту № 4394 ефекту, а саме – замовники більш масово почнуть ігнорувати рішення органу оскарження, органу державного фінансового контролю та ще більш масово будуть звертатись до суду з надією та метою уникнення притягнення до відповідальності незалежно від того, погоджуються вони з рішеннями цих органів чи ні, шляхом затягування на значний період встановлення факту порушень через судові інстанції (апеляційні, касаційні тощо).

І навпаки, пом'якшення відповідальності у разі усунення порушень та невідворотність покарання у разі ігнорування рішень органу оскарження, органу державного фінансового контролю мотивуватиме відповідних осіб замовників виконувати вимоги Закону.

3. Законопроектом № 4394 пропонується частини дванадцяту та тринадцяту статті 8 Закону викласти в наступній редакції:

*"12. Якщо органом оскарження прийнято до розгляду скаргу від суб'єкта оскарження у порядку, встановленому цим Законом, орган державного фінансового контролю не приймає рішення про початок моніторингу процедури закупівлі щодо тих порушень, обставин, підстав, що стали предметом розгляду органом оскарження **до моменту оприлюднення повного тексту рішення органу оскарження за результатом розгляду скарги в електронній системі закупівель**.*

Після оприлюднення повного тексту рішення органу оскарження за результатом розгляду скарги в електронній системі закупівель, орган державного фінансового контролю має право, виключно на підставі пункту 6 частини другої цієї статті, прийняти рішення про початок моніторингу процедури закупівлі *та провести його щодо тих порушень, обставин, підстав, які були предметом розгляду органом оскарження".*

13. Якщо органом оскарження прийнято до розгляду скаргу від суб'єкта оскарження у порядку, встановленому цим Законом, після прийняття рішення про початок моніторингу процедури закупівлі чи після опублікування висновку, протягом наступного робочого дня з дня опублікування рішення органу оскарження про прийняття скарги до розгляду в електронній системі закупівель керівник органу державного фінансового контролю або його заступник **до дня оприлюднення повного тексту рішення органу оскарження за результатом розгляду скарги в електронній системі закупівель** зупиняє рішення органу державного фінансового контролю про початок моніторингу процедури закупівлі щодо тих порушень, обставин, підстав, що стали предметом розгляду органом оскарження, а замовник до моменту опублікування рішення органу оскарження зупиняє виконання зобов'язань щодо усунення порушення (порушень) законодавства у сфері публічних закупівель, викладених у висновку, щодо тих порушень, обставин, підстав, що стали предметом розгляду органом оскарження, з відповідним повідомленням в електронній системі закупівель, **до моменту оприлюднення повного тексту рішення органу оскарження за результатом розгляду скарги в електронній системі закупівель**.

Після оприлюднення повного тексту рішення органу оскарження за результатом розгляду скарги в електронній системі закупівель, орган державного фінансового контролю має право, виключно на підставі пункту 6 частини другої цієї статті, продовжити моніторинг процедури закупівлі та провести його **щодо тих порушень, обставин, підстав, які були предметом розгляду органом оскарження**".

Запропонованими змінами фактично надається можливість органу державного фінансового контролю переглядати рішення органу оскарження та надавати оцінку тим порушенням, які встановлені (або не встановлені) органом оскарження під час розгляду скарг.

При цьому, така можливість надаватиметься без відповідного рішення суду, лише до якого за Законом може бути оскаржене рішення органу оскарження.

Крім того, це призводитиме до конфлікту норм, складності у правозастосуванні та суперечностей між підходами та рішеннями різних органів влади з приводу одних і тих же порушень у процедурах закупівель.

Це також призводитиме до маніпуляцій з боку учасників торгів, затягування процедур закупівель та створення практики наявності протилежних рішень двох органів, функції яких за Законом є розмежованими саме з метою уникнення подібних ситуацій.

Враховуючи викладене, Комітет не підтримує запропоновані законопроектом и змін та вважає за необхідним залишити в діючій редакції частини дванадцяту та тринадцяту Закону.

4. Законопроектом № 4394 пропонується частину п'ятнадцяту статті 8 Закону викласти в наступній редакції:

"15. У разі оскарження в судовому порядку рішення органу оскарження, рішення про початок моніторингу процедури закупівлі не приймається щодо тих порушень, обставин, підстав, які стали предметом судового розгляду до моменту набрання законної сили судовим рішенням у відповідній справі.

Після набрання законної сили судовим рішенням у відповідній справі, орган державного фінансового контролю **має право**, виключно на підставі пункту 6 частини другої цієї статті прийняти рішення про початок моніторингу процедури закупівлі та провести його **щодо тих порушень, обставин, підстав, які стали предметом судового розгляду**".

Запропонованими змінами фактично надається можливість органу державного фінансового контролю переглядати рішення суду та надавати оцінку тим порушенням, які встановлені (або не встановлені) інстанцією судом, що не узгоджується зі статтею 124 Конституції України, згідно з якою правосуддя в Україні здійснюють виключно суди, делегування функцій судів, а також привласнення цих функцій іншими органами чи посадовими особами не допускаються.

Крім того, це може призвести до конфлікту норм, складності у правозастосуванні та суперечностей між підходами та рішеннями різних органів влади з приводу одних і тих же порушень у процедурах закупівель, зазначена норма фактично надаватиме рішенням органу державного фінансового контролю вищої юридичної сили за рішення суду.

Також реалізація запропонованих законопроектних норм може призвести до маніпуляцій з боку учасників торгів, затягування процедур закупівель та створення практики наявності протилежних рішень двох органів, функції яких за Законом є розмежованими саме з метою уникнення подібних ситуацій.

Враховуючи викладене, Комітетом не може бути підтримані запропоновані зміни та вважає за необхідним залишити в діючій редакції частину п'ятнадцяту Закону.

5. Законопроект № 4394 пропонується внести зміни:

- до пункту 11¹ статті 10 Закон України "Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні", доповнивши правом органу державного фінансового контролю:

"запитувати та одержувати від державних органів та органів місцевого самоврядування, підприємств, установ, організацій усіх форм власності, інших юридичних осіб та їх керівників, службових (посадових) осіб, уповноважених осіб замовників в публічних закупівлях, фізичних осіб – підприємців, які є володільцями та/або розпорядниками персональних даних, персональні дані службових (посадових) осіб, уповноважених осіб замовників в публічних закупівлях та/або керівників, щодо яких органом державного фінансового контролю отримано інформацію про можливе вчинення такими особами адміністративного правопорушення (якщо орган державного фінансового контролю уповноважений розглядати відповідну справу про адміністративне правопорушення або скласти протокол про відповідне адміністративне правопорушення), без отримання дозволу (згоди) таких осіб; обробляти, збирати, накопичувати, аналізувати, узагальнювати, зберігати отримані персональні дані";

- доповнивши Закон статтею 10¹ наступного змісту:

"Стаття 10¹. Гарантії одержання інформації органами державного фінансового контролю.

Державні органи та органи місцевого самоврядування, підприємства, установи, організації усіх форм власності, інші юридичні особи та їх керівники, службові (посадові) особи, уповноважені особи замовників в публічних закупівлях, фізичні особи – підприємці, які є володільцями та/або розпорядниками персональних даних, зобов'язані на вмотивований запит органу державного фінансового контролю, надісланий відповідно до пункту 11¹ статті 10 цього Закону, надати персональні дані службових (посадових) осіб, уповноважених осіб замовників в публічних закупівлях та/або керівників, щодо яких органом державного фінансового контролю отримано інформацію про можливе вчинення такими особами адміністративного правопорушення (якщо орган державного фінансового контролю уповноважений розглядати відповідну справу про адміністративне правопорушення або скласти протокол про відповідне адміністративне правопорушення), без отримання дозволу

(згоди) таких осіб, протягом 10 (десяти) календарних днів з дати отримання відповідного запиту органу державного фінансового контролю.

Запит органу державного фінансового контролю, надісланий відповідно до пункту 11-1 статті 10 цього Закону, має бути вмотивований та містити: перелік правових підстав його направлення (з посилання на норми цього Закону); перелік обставин **які свідчать про наявність ознак вчинення адміністративного правопорушення** (з посиланням на конкретну норму права, якою передбачається адміністративна відповідальність за правопорушення); інформацію про джерело (джерела), з яких органу фінансового контролю стало відомо про наявність ознак вчинення адміністративного правопорушення; відомості про особу (її посаду), щодо якої отримано інформацію про можливе вчинення нею адміністративного правопорушення; чіткий перелік запитуваних персональних даних, які мають бути надані; підстави, з яких орган державного фінансового контролю дійшов висновків про те що особа, якій адресовано запит, є володільцем та/або розпорядником запитуваних персональних даних.

В разі неправомірної відмови в наданні інформації, ненаданні інформації, несвоєчасному або неповному наданні інформації, наданні недостовірної інформації у відповідь на вмотивований запит органу державного фінансового контролю, надісланий на підставі пункту 11¹ статті 10 цього Закону, винні особи несуть відповідальність передбачену законом";

- в Законі України "Про захист персональних даних" частину першу статті 7 доповнити новим пунктом 7 наступного змісту:

"7) необхідність розгляду справи про адміністративне правопорушення та/або складення протоколу про адміністративне правопорушення та/або вирішення питання про притягнення до адміністративної відповідальності, у разі виявлення або отримання уповноваженим на те органом (посадовою особою), інформації, яка свідчить **про можливу наявність ознак вчинення адміністративного правопорушення** певними особами (суб'єктами персональних даних), щодо яких виникла необхідність в отриманні їх персональних даних".

Запропоновані законопроектом № 4394 зміни надають право органам державного фінансового контролю отримувати персональні дані фізичних осіб лише за наявності **ознак** адміністративного правопорушення, що, на думку Комітету, є неприпустимим та порушує вимоги Закону України "Про захист персональних даних".

Крім того запропоновані зміни нададуть можливість накладати штрафи та притягати до відповідальності третіх осіб (з яких орган державного фінансового контролю вистребуватиме персональні дані фізичних осіб) за ймовірне невчинення порушення фізичними особами – представниками замовниками під час проведення публічних закупівель.

Більш того, це прогнозовано значно збільшить кількість судових позовів до таких третіх осіб від фізичних осіб, персональні дані яких були надані такими державними органами та органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами, організаціями усіх форм власності, іншими юридичними особами та їх керівниками, службовими (посадовими) особами, уповноваженими особами замовників в публічних закупівлях, фізичними особами – підприємцями, за неправомірне, на їх думку, розголошення персональних даних, захищених Законом України "Про захист персональних даних".

На думку Комітету, право на отримання персональних даних може бути отримано лише у разі встановлення факту порушень та необхідності отримання таких даних для притягнення винних осіб до відповідальності за порушення, факт якого вже встановлено.

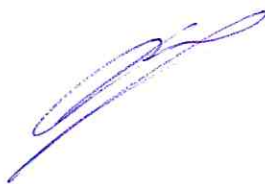
Крім того, на думку Комітету, має бути встановлено єдиний державний орган (установа, державне підприємство тощо), який би видавав одноосібно таку інформацію за зверненням органу державного фінансового контролю з метою забезпечення, як зазначалось вище, від прогнозованих судових позовів за розголошення державними органами та органами місцевого самоврядування, підприємствами, установами, організаціями усіх форм власності, іншими юридичними особами та їх керівниками, службовими (посадовими) особами, уповноваженими особами замовників в публічних закупівлях, фізичними особами – підприємцями таких персональних даних.

Враховуючи викладене, внесення наведених вище змін може призвести до конфлікту норм, складності у правозастосуванні та суперечностей між підходами та рішеннями різних органів влади з приводу одних і тих же порушень у процедурах закупівель, а також, враховуючи наведене, – до зайвих, необґрунтованих заграг ресурсів (матеріальних, трудових, технічних тощо) з боку замовників в частині підготовки та надання відповідних документів (пояснень) на запити таких органів під час проведення моніторингів, перевірок, розгляду скарг тощо.

Крім того, внесення зазначених змін не узгоджується із загальними принципами Європейського Союзу у сфері здійснення закупівель, а також – зменшує привабливість для бізнесу приймати участь у закупівлях, суперечить курсу держави на дерегуляцію та зменшення кількості перевірок бізнесу.

Враховуючи викладене, Комітетом не підтримуються запропоновані законопроектom № 4394 "Про внесення змін до Закону України "Про публічні закупівлі" та деяких інших законодавчих актів України щодо посилення контролю та відповідальності за порушення законодавства у сфері публічних закупівель, забезпечення належного захисту прав учасників публічних закупівель" зміни до Закону України "Про публічні закупівлі".

Голова Комітету



О. ПІЩАНСЬКА