



Публічні закупівлі

Засоби правового захисту

ЗМІСТ

- [Як знайти відповідні засоби правового захисту](#)
- [Мета Директиви про засоби правового захисту](#)
- [Хто має право на застосування засобів правового захисту?](#)
- [Які органи розглядають скарги і судові справи стосовно закупівель?](#)
- [Які існують види засобів правового захисту?](#)
- [Що значить «період очікування»?](#)
- [Неефективно укладені угоди](#)
- [Загальні принципи, яких повинні дотримуватися контролюючі органи і державні замовники стосовно засобів правового захисту](#)
- [Додаткова інформація](#)

Публікується з дозволу Карен Гілл, голови програми SIGMA.

Засобами правового захисту є юридичні дії, які дозволяють суб'єктам господарювання вимагати застосування законодавства з публічних закупівель і дотримання їхніх прав, що захищені законодавством, якщо держзамовники свідомо чи несвідомо не дотримуються вимог законодавства щодо публічних закупівель.

Це знайти відповідні засоби правового захисту

Директиви з заходів правового захисту і національне законодавство: Засоби правового захисту встановлюються законодавством ЄС і законами країн-членів ЄС. Серед законодавчих актів ЄС щодо засобів правового захисту - Директива 89/665 ЄЕС¹, яка стосується визначення переможця закупівельного конкурсу у державному секторі, і Директива 92/13 ЄЕС², яка стосується визначення переможця закупівельного конкурсу щодо угод про комунальні послуги. Обидві директиви були значною мірою змінені після затвердження Директиви 2007/66/ ЄС³. У цій Аналітичній записці всі три директиви називаються «Директиви про засоби правового захисту».

Подальші зміни було внесено Директивою про концесії 2014/23 ЄС, за якою угоди про концесію підпорядковуються Директиві про концесії, а також Директивам про засоби правового захисту.

Певні процесуальні правила встановлюються безпосередньо у Директивах про засоби правового захисту, але більш детальні норми і специфічні процесуальні правила зазначені у національних законодавствах.

Мета Директиви про засоби правового захисту

Метою Директиви про засоби правового захисту є забезпечення швидкого виявлення і виправлення порушень правил під час процедури визначення переможця закупівель. Директиви про засоби правового захисту закликані підвищити законність і прозорість процедури визначення переможця, розбудувати впевненість у представників бізнесу, стимулювати відкриття місцевих ринків державних закупівель для учасників з інших країн.

Важливо, щоб суб'єкти господарювання мали механізми примусового застосування правил закупівель. Завдяки цим механізмам вони можуть відстежувати процедуру визначення переможця і вимагати дотримання правил закупівель, щоб впевнитися, що їх не позбавляють законних шансів перемогти у конкурсі. Таким чином ці механізми сприяють законності проведення закупівель і стимулюють конкуренцію.

Мета Директиви про засоби правового захисту визначає такі правила для національних засобів правового захисту:

- ясність і однозначність, тобто вони мають бути зрозумілими економічним операторам і легкими у використанні

¹ Директива 89/665 ЄЕС про узгодження законів, законодавчих актів і адміністративних положень щодо застосування процедури перевірки визначення переможця закупівельного конкурсу в державному секторі стосовно постачання товарів і проведення публічних робіт від 21 грудня 1989 року зі змінами.

² Директива 92/13 ЄЕС про узгодження законів, законодавчих актів і адміністративних положень щодо процедури закупівель для суб'єктів господарювання у галузі водо-, енергопостачання, транспортних послуг і послуг зв'язку від 25 лютого 1992 року.

³ Директива 2007/66 ЄС, що вносить зміни до Директив Ради 89/665/ЄЕС і 92/13 ЄЕС з метою вдосконалення ефективності процедури перевірки визначення переможця закупівельного конкурсу в державному секторі від 11 грудня 2007 року.

- доступність для всіх економічних операторів, які бажають взяти участь у конкурсі з публічних закупівель, без дискримінації, особливо за національною ознакою;
- ефективність у попередженні і виправленні випадків недотримання законодавства з боку суб'єктів господарювання та/або державних замовників.

Хто має право на застосування засобів правового захисту?

Директиви про засоби правового захисту є доступними для всіх суб'єктів господарювання, які мали або мають зацікавленість у певному контракті у державному секторі, і які наражалися або наражаються на небезпеку постраждати від можливого порушення чинних правил публічних закупівель.

Це означає, що суб'єкти господарювання, які зацікавлені взяти участь у процедурі конкурсного відбору, або якщо вони вже подали свої тендерні пропозиції після оголошення конкурсу, мають право скористатися існуючими засобами правового захисту.

Загалом, місцеві закони про статус компанії і представництво у судових процесах можуть застосовуватися, у тій мірі, у якій вони не суперечать вимогам, встановленим у Директивах про засоби правового захисту.

Які органи розглядають скарги і судові справи стосовно закупівель?

Скарги на замовника або на органи, яким підпорядковується замовник: Щоб сприяти досудовому вирішенню диспутів, національне законодавство може вимагати або дозволяти задіяним суб'єктам господарювання, до передачі справи до компетентного контролюючого органу, спочатку подати запит на перевірку замовника через «додаток для перевірки» (тобто, скаргу) щодо можливого порушення процедури визначення переможця конкурсного відбору. Скарга не є юридичною дією, оскільки подаються для розгляду контролюючим органом до передачі справи до компетентного контролюючого органу. В залежності від специфічних фактів і обставин скарги можуть привести до примусового застосування законодавства і швидкого розв'язання диспуту на ранньому етапі.

Передача справи до трибуналу або суду: Справи з публічних закупівель передаються контролюючому органу, яким є або спеціалізований трибунал з закупівель, або суд. Держави-члени можуть обирати, до якого органу передаватимуться справи з публічних закупівель.

Для отримання детальної інформації дивіться Аналітичну записку №25 програми SIGMA з публічних закупівель - Визначення контролюючих органів з публічних закупівель.

Які існують види засобів правового захисту?

Детальна інформація щодо чинних видів засобів правового захисту зазвичай міститься у національному законодавстві. Директиви вимагають від держав-членів визначити три види засобів правового захисту: тимчасові заходи, заходи з відкладання процедури, а також компенсації.

- **Тимчасові заходи:** Тимчасові заходи - це попередні заходи, що застосовуються стосовно повідомлення про умови контракту і будь-яких рішень держзамовника, включно з рішенням щодо переможця конкурсу з закупівель. Метою тимчасових заходів є попередження створення безповоротної ситуації і запобігання продовження процедури визначення переможця конкурсу, що перешкоджає кандидатам брати участь і, можливо, перемогти у конкурсі з державних закупівель. Ця мета може бути досягнута, якщо національна правова система забезпечує ефективне, просте і швидке тимчасове розв'язання диспуту, у випадку

якщо контролюючий орган погоджується на застосування тимчасових заходів як таких, що не суперечать основним принципам.

Застосовуються такі тимчасові заходи:

- призупинення втілення будь-якого рішення, прийнятого державним замовником;
 - призупинення всього процесу закупівель;
 - тимчасове виправлення порушення (застосування цього тимчасового заходу залежить від національного законодавства і застосовується рідко).
- **Заходи з відкладання процедури:** Застосування заходів з відкладання процедури скасовує або визнає недійсним рішення держзамовника, що є прийнятим незаконно або в інший спосіб виправляє незаконне прийняття рішення. Метою заходів з відкладання процедури є виправлення затверджених рішень, що суперечать правилам. Ця мета може бути досягнута, якщо національна правова система надає ефективні можливості скасування специфікацій або рішень замовника, що суперечать законодавству, якщо контролюючим органом проведена компетентна перевірка щодо обґрунтованості рішень держзамовника.

Застосовуються такі заходи з відкладання процедури:

- виключення дискримінаційних технічних, економічних або фінансових специфікацій з повідомлення про умови контракту, тендерної документації або будь-якого іншого документу, що стосується процедури визначення переможця конкурсу;
- скасування незаконного рішення, прийнятого держзамовником;
- значні виправлення незаконної документації або рішення держзамовника, наприклад, прийняття держзамовником наказу про внесення правок або скасування статей тендерної документації, що суперечать законодавству, або відновлення у правах суб'єкта господарювання, якого було незаконно виключено зі списку учасників.

Чи може держзамовник продовжувати процедуру закупівель і визначення переможця конкурсу, якщо розпочато правові дії із застосування тимчасових заходів або заходів з відкладання процедури? Директива про заходи правового захисту визначає, що у випадку, коли була подана заява щодо застосування тимчасових заходів або заходів з відкладання рішення щодо переможця конкурсу шляхом правових дій, замовник не має права укладати угоду, поки контролюючий орган не винесе рішення у справі.

- **Компенсації:** Компенсації виплачуються суб'єкту господарювання, якщо він постраждав від порушення правил проведення публічних закупівель. Процедура і місце подання скарги з метою отримання компенсації залежить від національного законодавства, де встановлюються правила документообігу, терміни, вимоги до наданих доказів і розмір компенсації (наприклад, умови покриття видатків на участь у тендері). Цей засіб правового захисту спрямований на виплату компенсації суб'єктам господарювання, що постраждали.

У разі ухвалення рішення за скаргою, виплачується компенсація усіх збитків, що мав суб'єкт господарювання, і зазвичай включають компенсацію існуючих видатків і, в окремих випадках, втрати прибутків. Компенсація повинна бути виплачена повністю, однак часто буває складно визначити розмір збитків, які мав оператор у процесі проведення конкурсу. Цей захід правового захисту не зупиняє процедури визначення переможця конкурсу або рішення за ним.

Що значить період очікування?

Період очікування означає певний час між визначенням переможця конкурсу і укладанням угоди з успішним кандидатом. Цей період очікування дозволяє кандидатам, які програли у конкурсі, подати скаргу щодо рішення держзамовника не укласти з ними угоди, якщо вони вважають, що таке рішення було незаконним, таким чином запобігаючи укладанню угоди на основі неналежного рішення щодо визначення переможця конкурсу.

Які існують вимоги до повідомлення про період очікування? Щойно держзамовник приймає рішення, він повинен повідомити усіх учасників закупівельного конкурсу або кандидатів, включно з переможцем, про рішення і залишити декілька днів до укладання угоди. Повідомлення повинно включати обґрунтування прийнятого рішення, як вимагають Директиви про засоби правового захисту, зокрема воно повинно містити ім'я переможця конкурсу, характеристики і переваги обраної тендерної пропозиції. Певну інформацію можна не повідомляти. У повідомлення повинно бути вказана тривалість «періоду очікування», щоб учасники тендеру/кандидати знали період часу, коли вони можуть подати скаргу щодо рішення, якщо вони забажають це зробити.

Яка тривалість періоду очікування? Період очікування повинен тривати щонайменше 10 днів, починаючи з наступного дня після відправлення замовником повідомлення про рішення щодо визначення переможця конкурсу всім учасникам закупівельного конкурсу/кандидатам, якщо використовується факс або електронні засоби зв'язку. Період очікування може бути більш тривалим, якщо замовник використовує поштові послуги для надсилання повідомлення про визначення переможця конкурсу. Зазначені часові рамки є мінімальною вимогою, за національним законодавством може вимагатися більш тривалий час очікування, але не менш тривалий.

Під час періоду очікування кандидати, що програли у конкурсі, можуть подати заяву на перевірку рішення замовника щодо визначення переможця конкурсу, згідно з процедурою подання скаргую та/або напяму до контролюючого органу, з проханням застосувати тимчасові заходи або відкласти прийняття рішення. Вибір засобів правового захисту залежить від того, чи досудові скарги підлягають дії національного законодавства, а також від того, чи є ці скарги другорядними чи обов'язковими для застосування до інших засобів правового захисту.

Чи застосовуються вимоги до періоду очікування у випадку всіх рішень щодо визначення переможця конкурсу? Вимоги до періоду очікування застосовуються до більшості рішень щодо визначення переможця конкурсу. У Директивах про заходи правового захисту встановлюється декілька виключень:

- Рішення стосується переможця за певним контрактом у рамках вже існуючої угоди або в електронному ресурсі Dynamic Purchasing System.
- За Директивою 2014/24 ЄС⁴ замовник не зобов'язаний публікувати повідомлення про умови контракту.
- На фінальному етапі проведення конкурсу з закупівель, після закінчення періоду очікування, залишається тільки один учасник закупівельного конкурсу/кандидат. Після цього жодна особа, задіяна у процедурі конкурсу, не має права оскаржувати рішення щодо визначення переможця конкурсу.

⁴ Директива про державний сектор 2014/24 ЄС від 26 лютого 2014 року, що скасовує дію Директиви 2004/18 ЄС.

Недійсність укладеної угоди

Згідно з вимогами Директив з заходів правового захисту, держави-члени повинні забезпечити порядок, де контролюючі органи застосували заходи з відкладання процедури або в інший спосіб відреагували на неефективно складений контракт, якщо такі порушуються такі основні умови: не було опубліковане повідомлення про умови контракту, порушена процедура визначення переможця конкурсу, процедура не відповідає правилам визначення переможця конкурсу у рамках чинної угоди, порушені правила періоду очікування, від яких постраждали учасники конкурсу і були позбавлені можливості вимагати застосування тимчасових заходів або заходи з відкладання процедури.

Санкції із запобігання неефективності контракту були ухвалені з метою запобігти поспішного укладання угод замовниками за рахунок порушення періоду очікування або періоду призупинення процедури, а також основних правил проведення закупівель, коли деякі замовники вважають, що ці санкції не застосовуватимуться до них після укладання угоди. Метою таких санкцій є спонукати офіційних представників держзамовника, відповідальних за закупівлі, дотримуватися усіх правил проведення закупівель без виключення. Існує серйозний ризик припинення дії незаконних угод. Також існує ризик того, що переможець тендерного конкурсу, дія угоди з яким припинена з вищезгаданих причин, може вимагати компенсації у межах національного законодавства.

Юридичні дії по відкладенню дії підписаної угоди розпочинає учасник закупівельного конкурсу, який вважає себе таким, що постраждав від наслідків. Директива вимагає від держав-членів встановлювати мінімальний або певний період часу для подачі такої скарги, але зазвичай встановлюється мінімальний час, тому точну процедуру і часові рамки для обробки таких скарг встановлює національне законодавство.

Держави-члени можуть дозволити оголошувати контракт недійсним у ретроспективі або у перспективі. За національним законодавством встановлюється чи є угода недійсною:

- у ретроспективі: тоді скасовуються всі зобов'язання за угодою, включно з такими, що вже виконані, а учасники закупівельної процедури і держзамовник повинні вирішувати диспут згідно з правилами держави-члена; або
- у перспективі: тоді скасовуються тільки майбутні і невиконані зобов'язання за угодою. Якщо держави-члени обирають підхід скасування дії угоди у майбутньому, згідно з Директивою, повинні бути в наявності також й інші заходи покарання. Наприклад, 1) штрафи, які накладаються на замовника, які мають бути достатньо високими, щоб покарати порушення законодавства; 2) скорочення контракту.

Згідно з Директивою, заходи залишаються на розсуд контролюючих органів, якщо вони знаходять особливі причини, які запобігають виконанню умов угоди у цілому. Це право треба застосовувати дуже обережно, оскільки це виключення із загального правила, що угоди, укладені з порушенням законодавства, не повинні виконуватися.

Недійсність угоди і добровільне повідомлення про прозорість ex ante (повідомлення про VEAT): Коли держзамовник вважає, що має право визначити переможця конкурсу без публікації повідомлення про умови контракту, тоді, згідно з п. 4 пп. d статті 2 Директиви 89/665 ЄЕС, він може опублікувати повідомлення про VEAT в *Офіційному журналі Європейського Союзу*. Повідомлення про VEAT оголошує про намір замовника обрати переможця конкурсу. Якщо держзамовник публікує повідомлення про VEAT і дотримується періоду очікування у щонайменше 10-денний період від наступного дня після публікації повідомлення до дати підписання угоди, тоді угода укладається без ризику, що угода буде вважатися недійсною, якщо інші кандидати не подадуть скаргу під

час періоду очікування. Європейський суд справедливості ЄС розглянув правильність використання повідомлення про VEAT у справі *Fastweb C-19/13*.

Коментар щодо найкращих практик

Доречно включати всі відповідні документи до матеріалів під час надсилання повідомлення, зокрема висновки і рекомендації тендерної комісії. Якщо надходять запити на розкриття цих документів, згідно з національним законодавством, це може призвести до подовження періоду очікування.

Загальні принципи, яких повинні дотримуватися контролюючі органи і держзамовники стосовно засобів правового захисту

Країни-члени, а також національні контролюючі органи, повинні дотримуватися у процедурі закупівель загальних принципів, встановлених у Директивах про засоби правового захисту:

- **Відсутність дискримінації:** Усі суб'єкти господарювання повинні мати доступ до засобів правового захисту без дискримінації, особливо за національною ознакою. Засоби правового захисту, які застосовуються для примусового впровадження правил проведення закупівель (процедурні норми, наприклад, вимоги до термінів і тендерної документації) повинні бути щонайменше настільки ефективними, які вони є для впровадження внутрішніх норм проведення закупівель.
- **Ефективність:** Засоби правового захисту повинні мати достатньо сили, щоб забезпечити дотримання правил публічних закупівель ЄС, а перевірка повинна проводитись якомога швидше. Це означає, що держзамовники повинні намагатися сприяти дотриманню усіх юридичних процедур і повинні завжди діяти відповідно до рішень у рамках засобів правового захисту. Юридичні процедури і дії контролюючих органів мають забезпечувати швидкий розгляд справи і прийняття рішення.
- **Прозорість:** У тендерній документації та у повідомленнях про рішення щодо закупівельного конкурсу, держзамовники повинні забезпечувати суб'єктів господарювання найповнішою інформацією про таке:
 - Права на застосування засобів правового захисту за законом, зокрема засобів стосовно проведення визначення переможця конкурсу, а саме тимчасових заходів і заходів з відкладання процедури;
 - Відповідні процедурні норми, зокрема терміни й імена осіб/комісій з боку держзамовника, що отримують досудові скарги;
 - Як приймаються рішення щодо визначення переможця, залежно від того, наскільки ця інформація є релевантною для суб'єктів господарювання.

Контролюючі органи повинні діяти у відповідності з вимогами Директив про засоби правового захисту і національного законодавства, а їхні дії і рішення повинні бути відкритими і прозорими.

Для отримання детальної інформації дивіться Аналітичну записку №25 програми SIGMA з публічних закупівель - Визначення контролюючих органів з публічних закупівель.

Комунальні послуги

Директива 92/13 ЄЕС (зі змінами, внесеними Директивою 2007/66 ЄС) встановлює три засоби правового захисту, а саме тимчасові заходи, заходи з відкладання прийняття рішення і компенсації:

Директива 92/13 ЄЕС надає державам-членам право застосовувати виплату грошових сум (наприклад, штрафів) замість тимчасових заходів і заходів з відкладання -прийняття рішення, у випадку порушення правил проведення закупівель. Така сума повинна бути достатньо високою, щоб запобігти порушення з боку суб'єктів господарювання.

Період очікування, зобов'язання повідомляти про визначеного переможця, санкції за недійсність угоди стосовно замовника також застосовуються до всієї організації, що проводить закупівлі.

Додаткова інформація

Публікації

SIGMA (2015), *Посібник з проведення публічних закупівель – Модуль F1*, OECD Publishing, Paris, <http://www.sigmaweb.org/publications/public-procurement-training-manual.htm>

SIGMA (2014), *Обрані рішення Суду справедливості Європейського Союзу у справах стосовно публічних закупівель (2006-2014)*, OECD Publishing, Paris, <http://www.sigmaweb.org/publications/Judgements-CourtJustice-31July2014-Eng.pdf>

SIGMA (2007), *Перегляд рішень про публічні закупівлі і систему засобів правового захисту в Європейському Союзі. Доповідь програми SIGMA №41*, OECD Publishing, Paris, http://www.oecd-ilibrary.org/governance/public-procurement-review-and-remedies-systems-in-the-european-union_5kml60q9vkl-t-en

Аналітичні записки про публічні закупівлі

<http://www.sigmaweb.org/publications/key-public-procurement-publications.htm>

SIGMA (2016), аналітична записка №25 - *Калькуляція витрат за життєвий цикл*, OECD Publishing, Paris

SIGMA (2016) аналітична записка № 1 - *Публічні закупівлі у ЄС: законодавча база, основні принципи і норми*, OECD Publishing, Paris