



Інтерв'ю

Андрій ДОВБЕНКО:
«The Ukrainian Investment Road Show, або Україна очима іноземних інвесторів»
стор. 4

Актуально

Ярослав МЕДВЕДЕВ:
«Юристи про монополістів. Юридичний бізнес у сфері антимонопольного права»
стор. 6

Думка експерта

Андрій ЛЕОНЕЦЬ:
Підстави для зупинення реєстрації податкових накладних у 2017 р.
стор. 7



Аналітика

Публічні закупівлі: боротьба за права

Проведення електронних закупівель через систему Prozorro вже досить щільно увійшло у життя бізнесу, інформаційний простір соціальних мереж та обідні діалоги постачальників послуг. Втім, навколо цього питання досі існує такий собі туман невідомості: чи дійсно новий порядок працює? Чи відійшло у небуття мотто багатьох попередніх тендерів «всі звірі рівні перед законом, але деякі рівніші»? І головне, чи дієвими є механізми правового впливу на не дуже сумлінних замовників?

Читайте на стор. 20



ВСЕУКРАЇНСЬКЕ
ЩОТИЖНЕВЕ
ПРОФЕСІЙНЕ
ЮРИДИЧНЕ
ВИДАННЯ

Вищий «інтелектуальний» суд: на фінішній прямій

В ході конкурсу до Верховного Суду та численних дискусій з цього приводу в юридичних колах дещо вщухли публічні спори навколо створення Вищого суду з питань інтелектуальної власності (далі – ВСПІВ), передбаченого змінами до Конституції в частині правосуддя. Між тим, створення та діяльність цієї судової установи породжує чимало запитань та суперечок. Адже відповідно до Закону України «Про судоустрій і статус суддів», вона має бути створена упродовж 12 місяців після набрання чинності цим документом, тобто вже зовсім скоро.

Спеціалізовані суди з інтелектуальної власності успішно функціонують, зокрема, у Німеччині, Австрії, Швейцарії, Великобританії тощо. Це позитивно вплинуло на якість та строки розгляду справ такої категорії у згаданих країнах. Ідея створення такого суду в Україні активно

обговорюється останні кілька років. Одні експерти вважають, що ВСПІВ, залежно від його складу, навряд чи зможе щось істотно змінити, інші ж переконані, що такий крок має чимало позитивних моментів.

Передусім, юридичну спільноту та громадськість хвилюють питання, пов'язані з тим, як саме працюватиме ця установа в Україні: чи розглядатиме спори за участю фізичних осіб; якою буде процедура оскарження її рішень; яким буде її навантаження і скільки знадобиться суддів для того, щоб із ним упоратись; яким саме процесуальним кодексом повинен керуватися ВСПІВ у своїй роботі; які будуть процедури та строки передачі йому судових справ, які наразі перебувають на розгляді у господарських та адміністративних судах тощо.

При цьому варто відмітити, що мало хто з експертного середовища висловлюється категорично проти

створення окремого суду, який розглядатиме спори щодо інтелектуальної власності. Так, за словами Голови Вищого господарського суду України Богдана Львова, доцільність концентрації розгляду всіх справ, пов'язаних із захистом прав інтелектуальної власності, очевидна. «Завдяки широкій юрисдикції майбутнього Вищого суду з питань інтелектуальної власності та спеціалізації суддів повинна підвищуватися якість судочинства, мають скорочуватися строки розгляду справ. Це, у свою чергу, сприятиме покращенню інвестиційної привабливості України. Звичайно, будуть певні складності щодо територіальної доступності та кадрового забезпечення цього суду, проте пріоритет у будь-якому разі має залишатися за якістю», – заявив він у коментарі «Юридичній газеті».

Продовження на стор. 28

Facebook чи Prozorro:

як учасники публічних закупівель борються за свої права



Амінат СУЛЕЙМАНОВА, адвокат,
керуючий партнер AGA Partners



Ольга КУЧМЕНКО,
PhD, юрист AGA Partners

Закінчення. Початок на стор. 1

Після гучних суперечок юридичної спільноти про те, що система Prozorro не така вже й прозора, ми вирішили перевірити, чи є у добросовісного й кваліфікованого учасника торгів шанс внести свій вклад у забезпечення їх транспарентності й конкурентності. При це ми й поговоримо у цій статті, враховуючи, що AGA Partners не є у цьому питанні «чоботарем без чобіт», бо вже має досвід успішного представництва інтересів у Антимонопольному комітеті України.

Що таке «відкриті торги» та для кого вони відкриті

Закон «Про публічні закупівлі» передбачає кілька процедур здійснення закупівель, а саме:

- відкриті торги;
- конкурентний діалог;
- переговорна процедура закупівлі.

Найбільш класичними є відкриті торги, під час яких мають право подавати пропозиції будь-які особи. Вважається, що торги відбулися, якщо у них взяли участь щонайменше два учасника.

У законі все виглядає більш ніж відкрито: будь-яка особа, яка хоче випробувати свої сили, може подати документи для розгляду пропозиції. Процедура виглядає приблизно так. Замовник визначає, які товари, роботи або послуги йому потрібно закупити. Наприклад, юридичні, з представництва інтересів у арбітражі. Не будемо зупинятись на усіх формальностях, які той замовник проходить, однак далі він оформлює свою потребу в оголошення, яке розміщує в електронній системі Prozorro. Разом з тендерною документацією, у якій описуються предмет закупівлі, необхідність забезпе-

чення тендерної пропозиції, а також вимоги до потенційних учасників тендеру. Саме на останній позиції ми й зупинимось.

Саме через сторінку з кваліфікаційними вимогами багато потенційних учасників не заходять далі прочитання тендерної документації. Причин може бути безліч – від реальної невідповідності критеріям до рівня завантаження фірми, що не дозволяє не те що взяти ще одне замовлення, а й просто підготувати документи у строк.

Втім, дуже часто причиною стають дискримінаційні (у розмовному стилі «драконівські») кваліфікаційні критерії. І реагують на них представники бізнесу по-різному. Одні вважають, що нічого вдяти не можна, тож доведеться шукати нові можливості для продажу свого продукту, а інші не змиряються і почнуть діяти, виборюючи право на конкурентні та прозорі торги. На наше глибоке переконання, ці «інші» відрізняються правовою культурою та активною позицією. Адже законодавство на сьогодні містить ряд механізмів, які можна використати для реального захисту інтересів учасників торгів.

Компанія, яка відповідально ставиться до своєї участі та потенційної перемоги у торгах, має ефективні та перевірені практикою механізми для здійснення свого права, починаючи з постановки питань замовнику та завершуючи скаргою до АМКУ. Нижче розглянемо ці можливості на прикладі випадку, коли замовник прописує дискримінаційні кваліфікаційні критерії.

Відкриті чи причинені?

Дискримінаційним вважається критерій, який за своєю суттю обмежує коло потенційних учасників торгів, встановлюючи обмежувальні вимоги у частині їх господарської

діяльності. Перелік таких дискримінаційних вимог обмежується лише фантазією замовника. Так, у попередні роки особливо «креативні» з них висували необґрунтовані кваліфікаційні критерії по річному обороту коштів, вимагали бути виключно платниками ПДВ, мати досвід роботи з державними структурами або постачання не аналогічних, а виключно ідентичних товарів. Зупинимось на останній вимозі.

Нещодавно Антимонопольним комітетом було розглянуто скаргу AGA Partners. Ситуація була наступна. Замовнику потрібна була послуга: представництво інтересів у справах, що виникли з міжнародних контрактів на поставку вугілля. Контракт було укладено за англійським правом, а воно, як відомо, однаково регулює поставки усіх товарів та/або сировини. Проте замовник, шукаючи юридичного радника, вимагав, щоб той мав досвід представництва саме у справах про поставку вугілля. Величезний досвід юриста щодо спорів, які виникають із поставки інших товарів та сировини, замовника не влаштував. Кваліфіковані пояснення, що правила поставки будь-яких товарів за англійським правом не відрізняються та регулюються Sale of Goods Act, його теж не задовольнили.

Уявіть собі ідальню, яка хоче знайти постачальника пірижків з яблуками, але досвід постачання пірижків з грушами її не влаштує. Так от, замовник у описаній ситуації вчиняє так само, як і ця (сподіваємось, міфічна) ідальня.

АМКУ задовольнив скаргу AGA Partners. Постійно діюча адміністративна колегія Комітету з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель визнала цей та ще два критерії дискримінаційними і зобов'язала замовника внести зміни до тендерної документації.

Як забезпечити своє право на участь та перемогу у тендері

Зовсім не обов'язково чекати, поки закупівля відбудеться, щоб потім вішати ярлики «Зрада!» Потенційні учасники торгів мають ряд можливостей для захисту своїх прав та інтересів відразу після оприлюднення тендерної документації. Їх ми і розглянемо.

1. Право на звернення за роз'ясненнями щодо тендерної документації
Якщо у потенційного учасника торгів виникли запитання щодо тендерної документації, він може адресувати їх безпосередньо замовнику. Таке звернення має бути подане не пізніше, ніж за 10 днів до закінчен-

ня строку на подання пропозицій. Замовник має на відповідь 3 робочих дні.

Очевидно, що чим раніше учасник поставити своє запитання, тим краще. Це пов'язано з тим, що на практиці замовники часто не дають чіткої відповіді, обмежуючись цитуванням законодавчих норм, які хоч якось стосуються піднятих питань. Тож якщо учасник отримав відповідь із серії «генератор автоматичних цитат із закону», він може перейти до плану Б.

2. Право на звернення до замовника з вимогою щодо усунення порушення під час проведення процедури закупівлі

Вказану вимогу можна подавати відразу або після того, як замовник надав незадовільну відповідь на запитання. Наприклад, можна попросити замовника змінити дискримінаційні кваліфікаційні критерії. Такі вимоги подаються у тому ж порядку, що й запитання, тобто не пізніше, ніж за 10 днів до закінчення строку подання тендерних пропозицій, і лише через електронну систему закупівель.

Звичайно, замовник може сподівувати філософію «зміна форми прохання не впливає на відповідь», тож є вірогідність, що через 3 робочі дні він знову відповість відмовою.

Про користь спілкування з замовником

Загалом тендерна документація містить контактний номер працівника замовника, який може відповісти на технічні та організаційні запитання. Якщо потенційний учасник переглядав її безліч разів, і все одно щось не зрозумів, він може сміливо дзвонити замовникові за уточненнями. Звичайно, усна відповідь не гарантує, що при оцінці пропозиції замовник буде діяти саме так, як розповідає, та принаймні звірити власне розуміння з його логікою буде корисно.

Тим більше, що у обох сторін є зустрічні інтереси. Замовник зацікавлений отримати максимально якісну послугу за мінімальну ціну, і чим менше учасників зійдуть з дистанції через формальні проблеми, тим більша вірогідність, що він досягне мети. Учасник же отримує можливість не витратити зайвого часу на формальності, а підготувати документи у максимально швидкий строк.

Для замовника таке спілкування також може бути корисне. Отримавши кілька запитань щодо однієї і тієї ж умови, він може зрозуміти, що вона сформульована нечітко, тож наступного разу врахує це і дасть

у ТД більш розгорнуте пояснення. А якщо якийсь кваліфікаційний критерій викликає сумніви у багатьох потенційних учасників, він заслуговує, як мінімум, додаткової уваги, а як максимум – внесення змін до ТД.

3. Право на оскарження умов закупівлі до АМКУ

Незалежно від використання попередніх механізмів, учасник має право звернутися до АМКУ із скаргою щодо неправомірних дій або бездіяльності замовника. Така скарга може стосуватися широкого діапазону питань та подаватися на різних етапах закупівлі:

- щодо тендерної документації та дій замовника, які відбулися до закінчення строку подання тендерних пропозицій – не пізніше, ніж за 4 дні до закінчення строку подання пропозицій;

- щодо дій замовника після оцінки пропозицій учасників – протягом 10 днів з моменту оприлюднення наміру про укладення договору, але до того, як договір про закупівлю укладено;

- щодо прийнятих рішень, дій чи бездіяльності замовника після розгляду тендерних пропозицій на відповідність технічним вимогам, визначеним у тендерній документації, та визначення відповідності учасників кваліфікаційним критеріям – протягом 5 днів з дня оприлюднення протоколу розгляду тендерних пропозицій.

Тобто якщо учасник зрозумів, що замовник не готовий іти на контакт та дослухатися до обґрунтованих вимог, він має можливість віддати своє питання на розсуд колегії АМКУ.

Чи варта гра свічок

Багато клієнтів, котрі вважають, що при проведенні торгів їх права

було порушено, сумніваються, чи варто витрачати час і гроші, оскаржуючи дії замовника до АМКУ. Однак слід розуміти, що саме активні учасники є першочерговою гарантією справжньої прозорості публічних закупівель, тому свої порушені права обов'язково треба захищати.

Це твердження могло б здатися черговою банальністю, якби не нещодавній позитивний досвід команди AGA Partners у представництві власних інтересів у АМКУ. Як вже говорилося вище, наші юристи оскаржили встановлення дискримінаційних кваліфікаційних критеріїв замовником. При цьому ми як скажник відповідально поставились до розгляду скарги. Адже ми розуміли, що якщо вважаємо критерії дискримінаційними, то повинні докласти усіх зусиль для того, аби переконати у цьому АМКУ.

Не подати скаргу і забути, а вести якісну процедурну роботу. По-перше, підготувати конкретну фахову інформацію, надати приклади та докази з практики англійського права (оскільки предметом закупівлі був розгляд спору в LCIA). По-друге, подати усі документи завчасно, щоб колегія мала можливість спокійно і уважно ознайомитися з ними.

А коли виникла необхідність з'ясувати додаткові факти, і розгляд було перенесено, ми прямо й відверто відповіли на всі питання АМКУ. Наприклад, на прохання надати порівняння правил двох арбітражних установ у Лондоні підготували порівняльну таблицю з коментарями, яка відображала спільні та відмінні риси. Колегія могла самостійно дійти висновків, необхідних для з'ясування обставин.

Іншими словами, нашим завданням було встановлення істини. Відтак, уникаючи еквілібристики, ми

надавали для фахової оцінки АМКУ сухі цифри, факти і документи.

Перемога!

Це була перемога не просто юристів скажника. Процес показав, що оскарження дій замовника до АМКУ – не лише формальне право, передбачене законом, а й реальний механізм захисту прав учасників публічних закупівель. У цьому випадку державний орган продемонстрував не лише дотримання процедурних вимог закону та чіткість строків оскарження, а й щире прагнення з'ясувати суть питання та дійсно встановити істину.

І схоже, так було не лише цього разу, інакше б черга на вхід до зали очікування АМКУ не розповсюджувалася б до найближчих кав'ярень. Якби державні уповноважені ставились до своїх обов'язків формально, розгляд скарги не переносився б з конкретними домашніми завданнями сторонам надати матеріали, докази, пояснення з питань, у яких АМКУ потребує додаткового аналізу.

Якби система не працювала як слід, бізнес не вірив би у неї. І навпаки – система працює тільки тоді, коли всі її учасники роблять усе від них залежне для такої роботи.

Запорука успіху – проактивний підхід

Що може зробити учасник зі свого боку? Не так уже й мало:

1. Ставитися до торгів не як до розваги чи способу насолити колегам по цеху, а як до реальної можливості укласти вигідний контракт, продати якісні послуги, отримати цікаву та оплачувану роботу.

2. Якщо є підстави вважати, що замовник порушує права учасника, завчасно подати скаргу, аби

АМКУ мав час на ознайомлення зі справою.

3. Підготувати фахові пояснення щодо предмета оскарження.

4. Намагатися не звинувачувати замовника у бюрократії, а пояснити, чому внесення змін до тендерної документації підвищить шанси на успішну закупівлю для самого замовника.

Що може зробити замовник?

1. Передбачати достатні та необхідні вимоги до учасників.

2. Уникати зайвих формальних вимог.

3. Дослухатися до думки учасників щодо кваліфікаційних критеріїв. Якщо один, а то й кілька учасників звертають увагу на недоцільність чи дискримінаційність якогось критерію, його варто, принаймні, перевірити.

Якщо ж учасник вважає, що договір про закупівлю був укладений неправомірно, він може звернутися до суду. Зрештою, у обох сторін процесу одна мета: укласти договір з мінімальними витратами часу та ресурсів.

Чи варта така гра свічок? Таки варта! І не лише свічок, а й ліхтарів та смолоскипів! Тому якщо добросовісний учасник бачить, що його права порушуються, однозначно є сенс відстоювати їх правовими способами. Саме це і є локомотивом у сфері публічних закупівель. Тим більше, що всі шляхи відкриті та випробувані. Якщо вже професіоналам вдалося створити механізм їх здійснення, то наше з вами завдання – зробити так, щоб він не став черговим антибіотиком, після якого вірус бюрократії мутує, але не зникає. Діяльність усіх учасників публічних закупівель має бути спрямована на те, щоб механізм поліпшувався і розвивався.

Висновки

Сьогодні учасники публічних закупівель мають реальні правові можливості для:

- отримання інформації про торги, які можуть бути їм цікаві;
- зручного подання документів та прозорого проведення аукціонів;
- дієвого захисту своїх прав самостійно шляхом спілкування із замовником або за допомогою оскарження дій замовника до АМКУ та суду.

Мова йде не про дискусії у Facebook, які, безумовно, будуть, і навіть не про проведення круглих столів на кшталт «Проблеми у сфері...», без яких теж не обійтись. Йдеться про систему Prozorro та її електронні майданчики, про роботу постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель. Тож щоб потім не писати пости с хештегом «Нас не взяли», відповідальний учасник торгів візьме собі за епіграф хештег: «Якщо ми не прийдемо, вони здрають. Однозначно треба йти!»

Відтак, все у наших руках!

