

Договір укладено, але позиції товару знято з виробництва

«Добрий день! Прохання — надати консультацію. За результатом процедури «відкриті торги» між нами (учасником) та замовником було укладено договір на постачання товару. Однак після того, як договір було оприлюднено в системі, виробник товару повідомив нас про те, що деякі позиції, які складають предмет закупівлі, було знято з виробництва. Підкажіть, будь ласка, які є можливі способи вирішення даної проблеми, щоб не втратити перемогу? Дуже дякуємо!»

Доброго дня! Така ситуація — не рідкість. Товар може зникати з ринку з різних причин: знятий з виробництва через впровадження більш досконаlih моделей, підпадає під імпорнтні чи інші митні обмеження, не пройшов обов'язкові процедури оцінки відповідності і т. д. Водночас **номенклатура продукції, яку закуповують, становить предмет договору, а отже є істотною умовою будь-якого договору купівлі-продажу чи поставки, що може змінюватися лише у випадках, передбачених статтею 36 Закону України «Про публічні закупівлі»** (далі — Закон про публічні закупівлі). І перш ніж переходити до пошуку підстав внесення змін до договору, слід зрозуміти, чи існує аналогічний товар, який може задовольнити потребу замовника. Наприклад, іншої марки, моделі чи конфігурації, на рівні не гіршому, ніж недоступний предмет закупівлі. Якщо такий товар існує і замовник може безперешкодно використати аналог предмета закупівлі, то сторони мають право внести зміни до договору про закупівлю на підставі пункту 3 частини 4 статті 36 Закону про публічні закупівлі. Зазначена норма дозволяє змінити істотні умови договору про закупівлю у випадку покращення якості предмета закупівлі за умови, що таке покращення не призведе до збільшення суми, визначеної в договорі. Звертаємо увагу на дві важливі умови застосування пункту 3 частини 4 статті 36 Закону про публічні закупівлі:

ціна договору не повинна зрости.

якість предмета закупівлі повинна «покращитися». Але як довести, що якість предмета закупівлі покращилася? Фокус у тому, що якість — поняття відносне, яке визначають через відповідність вимогам, установленим щодо певної продукції в нормативно-правових актах і нормативних документах, а також — в умовах договору із замовником. Тож доведення «покращення» якості предмета закупівлі — питання не лише об'єктивного порівняння характеристик двох аналогічних товарів, але й винахідливості сторін договору. Як правило, навіть незначні відмінності в предметі закупівлі можна розцінити як «покращення якості»: зміна характеристик самої

продукції (наприклад, більш екологічні матеріали, застосовані при виробництві, міцніший корпус, довший шнур, більші чи компактніші розміри й т. д.), довший гарантійний строк чи привабливіші умови сервісного обслуговування, вищий клас енергозбереження та ін.

Нагадаємо, що повідомлення про внесення змін до договору має бути оприлюднене протягом трьох днів з дня внесення змін.

Якщо ж альтернативи, які може запропонувати переможець, замовникові не підходять і договір про закупівлю може бути виконаний лише частково, то замовникові не залишається нічого іншого, як, послугуючись пунктом 1 частини 4 статті 36 Закону про публічні закупівлі, зменшити обсяг закупівлі, пропорційно зменшивши й ціну договору. Вивільнені кошти замовник зможе використати для придбання бажаного предмета закупівлі в іншого продавця, адже знятий з виробництва ще не означає відсутній на ринку. Нагадаємо, що Мінекономіки вже висловлювалося з приводу здійснення закупівель, які замовник не міг передбачити на момент здійснення первинної закупівлі, у листі № 3302-06/29640-06 від 14.09.2016 «Щодо планування закупівель», витяг з якого наводимо нижче:



Витяг з листа Мінекономіки

№ 3302-06/29640-06 від 14.09.2016 «Щодо планування закупівель»

Щодо здійснення закупівель, які замовник об'єктивно не міг передбачити на початку року або на момент здійснення первинної закупівлі

Відповідно до частини сьомої статті 2 Закону забороняється придбання товарів, робіт і послуг до/без проведення процедур, визначених цим Законом, та укладання договорів, які передбачають оплату замовником товарів, робіт і послуг до/без проведення процедур, визначених цим Законом. Замовник не має права ділити предмет закупівлі на частини з метою уникнення проведення процедури відкритих торгів або застосування цього Закону.

Таким чином, закупівля товарів, робіт і послуг здійснюється замовником з дотриманням вимог Закону, керуючись вартісними межами, встановленими у частині першій статті 2 Закону.

Разом з тим частиною першою статті 4 Закону передбачена можливість внесення змін до річного плану закупівель/додатку до річного плану. При цьому форма внесення змін до річного плану закупівель/додатку до річного плану, періодичність і характер таких змін (зміна очікуваної вартості закупівлі, предмету закупівлі, орієнтовного початку процедури закупівлі тощо) законодавством не визначені та не обмежені. Тому замовник може періодично вносити зміни до річного плану

закупівель/додатку до річного плану відповідно до наявного фінансування, потреби у товарах, роботах, послугах тощо, до здійснення відповідної закупівлі.

Таким чином, ураховуючи, що **Законом встановлено порядок придбання товарів, робіт і послуг, здійснення закупівель замовником у разі: 1) виникнення додаткової потреби у товарах, роботах чи послугах, яку замовник не міг передбачити; 2) виділення додаткових коштів; 3) перерозподілу коштів, зекономлених внаслідок проведення процедур закупівель; 4) коштів зекономлених у разі зміни ціни договору в бік зменшення у випадках, визначених у частині четвертій статті 36 Закону; 5) розірвання договору про закупівлю та необхідності здійснення нової закупівлі; 6) інших подібних випадках, можливе після вчинення замовником дій, передбачених частиною першою статті 4 Закону, тобто внесення змін до річного плану закупівель/додатку до річного плану, керуючись вартісними межами, встановленими у частині першій статті 2 Закону**, оскільки, виходячи зі змісту пункту 18 частини першої статті 1 Закону та з урахуванням Бюджетного кодексу України (у разі, якщо замовником є розпорядник бюджетних коштів або одержувач бюджетних коштів), **такий предмет закупівлі у вищевказаних випадках вважатиметься новим предметом договору.**

Разом з тим при здійсненні закупівель без проведення процедур закупівель, передбачених частиною першою статті 12 Закону, товарів, робіт і послуг, вартість яких не перевищує межі, встановлені частиною першою статті 2 Закону, замовник керується положеннями Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України, а також Бюджетного кодексу України (у разі, якщо замовником є розпорядник бюджетних коштів або одержувач бюджетних коштів), без урахування здійснених закупівель за тим же предметом у поточному році, за якими укладені відповідні договори.

При цьому **здійснення закупівель у вищезазначених випадках має бути обґрунтованим та документально підтвердженим.**

І пам'ятаймо, що кожен випадок є індивідуальним. В одному випадкові замовник зможе обґрунтовано скористатися викладеним вище алгоритмом. В іншому доведеться, послуговуючись статтею 607 Цивільного кодексу України, розірвати договір про закупівлю у зв'язку з неможливістю його виконання та оголосити новий тендер уже на інший предмет закупівлі. А ще в іншому наполегливий замовник, спираючись на частину 2 статті 218 Господарського кодексу України, під загрозою застосування штрафних санкцій змусить переможця закупівлі хоч з-під землі дістати необхідну йому продукцію. Тож обираючи шляхи вирішення проблемних ситуацій, пам'ятаймо про індивідуальний підхід та оцінюймо всі обставини справи в їх сукупності.