

# Особливості встановлення вимоги надання електронної гарантії в тендерній документації

Що таке забезпечення тендерної пропозиції? Це гарантія того, що учасник не відкличе тендерну пропозицію після строку подання, підпише договір та буде добросовісним гравцем. Якщо замовник вирішив встановити забезпечення, то він повинен чітко розписати механізм його подання в тендерній документації та оголошенні процедури закупівлі.

Згідно з пунктом 8 частини 1 статті 1 Закону України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон, Закон про публічні закупівлі), забезпечення тендерної пропозиції — надання забезпечення виконання зобов'язань учасника перед замовником, що виникли у зв'язку з поданням тендерної пропозиції, у вигляді такого забезпечення **як гарантія**. Отже, можна дійти висновку, що забезпечення тендерної пропозиції учасник надає тільки у формі **електронної гарантії**.

Прописуючи механізм тендерного забезпечення, замовник звертається до норм статті 24 Закону. Відповідно до частини 1 статті 24 Закону замовник **має право** зазначити в оголошенні про проведення процедури закупівлі та в тендерній документації вимоги щодо надання забезпечення тендерної пропозиції. Якщо замовник вимагає надання забезпечення тендерної пропозиції, то в тендерній документації повинні бути зазначені умови його надання, зокрема вид, розмір, строк дії та застереження щодо випадків, коли забезпечення тендерної пропозиції учасникові не повертають. У такому разі учасник під час подання тендерної пропозиції одночасно надає забезпечення тендерної пропозиції. Отже, відповідно до Закону замовник повинен визначити строк дії електронної гарантії. Як такий строк встановити, щоб не було дискримінації та постійного відхилення тендерних пропозицій, далі й розглянемо.

## Який строк забезпечення тендерної пропозиції встановлювати?

Якщо замовник вкаже чітку кількість днів, то це може йому нашкодити. Непоодинокими є випадки, коли учасник подав у складі тендерної пропозиції електронну гарантію, в якій міститься помилка стосовно її дії. Наприклад, замовник зазначив, що гарантія повинна діяти 90 календарних днів. Своєю чергою учасник на виконання вимог замовника звернувся до певної установи для отримання електронної гарантії. Спрацював людський фактор: співробітник фінансової установи зазначив, що гарантія діє не 90 календарних днів, а 80. У такому разі дана помилка слугуватиме підставою для відхилення тендерної пропозиції відповідного учасника.

Отже, якщо замовник не вказуватиме чітку кількість днів дії електронної гарантії, то це може мінімізувати кількість помилок серед учасників процедури закупівлі.

Для прикладу в тендерній документації можна зазначити вимогу, наведену в таблиці.

<b>Розділ 3. Інструкція з підготовки тендерної пропозиції</b>	<b>Розділ 3. Інструкція з підготовки тендерної пропозиції</b>
<b>Забезпечення тендерної пропозиції</b>	<p>Учасник під час подання тендерної пропозиції одночасно надає забезпечення тендерної пропозиції (документ, що підтверджує надання учасником забезпечення тендерної пропозиції). Вид забезпечення тендерної пропозиції: електронна гарантія (банківська, фінансової установи, страхової організації) подається у вигляді оригіналу електронної гарантії, яка надається одночасно з поданням тендерної пропозиції з накладанням ЕЦП гаранта на суму: ХХХ ( тисяч гривень). Гарантія обов'язково повинна свідчити про обов'язок установи, що надала гарантію, виплатити замовнику суму забезпечення тендерної пропозиції при виникненні обставин, вказаних у пункті 3 розділу III цієї тендерної документації. Замовник має право звернутися з відповідним запитом до установи, що надала гарантію, з метою підтвердження достовірності інформації щодо оформлення та надання учаснику гарантії згідно з вимогами чинного законодавства України. Строк дії забезпечення тендерної пропозиції становить не менше строку, протягом якого тендерні пропозиції є дійсними. Реквізити для оформлення забезпечення тендерної пропозиції: Назва Замовника: Місцезнаходження Замовника: _____ <b>Код ЄДРПОУ:</b> р/р № _____ в УДКСУ м. _____ На електронній гарантії повинен бути зазначений програмний комплекс за допомогою якого накладено ЕЦП.</p>

## З якого етапу відраховується строк дії тендерної пропозиції та електронної гарантії?

Для того щоб отримати відповідь на дане питання, звернемось до норм Закону про публічні закупівлі. Відповідно до пункту 10 частини 2 статті 21 Закону про публічні закупівлі тендерна документація повинна містити строк, протягом якого тендерні пропозиції вважають дійсними, але не менше ніж 90 днів з дати розкриття тендерних пропозицій.

Але замовник та учасник повинні пам'ятати, що залежно від типу відкритих торгів

(перевищують або не перевищують межі, встановлені частиною 4 статті 10 Закону про публічні закупівлі) розкриття пропозицій відбувається в різний час.

У звичайних відкритих торгах, очікувана вартість яких не перевищує європейські пороги, розкриття відбувається після аукціону. Відповідно до абзацу 2 частини 1 статті 27 Закону про публічні закупівлі **розкриття тендерних пропозицій** з інформацією та документами, що підтверджують відповідність учасника кваліфікаційним критеріям, та інформацією і документами, що містять технічний опис предмета закупівлі, **електронна система закупівель здійснює автоматично відразу після закінчення електронного аукціону.**

Якщо ж звернутись до абзацу 2 частини 1 статті 27 Закону про публічні закупівлі, то ми бачимо такі норми: якщо оголошення про проведення процедури закупівлі оприлюднюють відповідно до положень частини четвертої статті 10 цього Закону **в день і час закінчення строку подання тендерних пропозицій**, зазначених в оголошенні про проведення процедури закупівлі, то **частину тендерної пропозиції** з інформацією та документами, що підтверджують відповідність учасника кваліфікаційним критеріям, та інформацією і документами, що містять технічний опис предмета закупівлі, електронна система закупівель **розкриває** автоматично.

Отже, у тих відкритих торгах, очікувана вартість яких перевищує межі частини 4 статті 10 Закону про публічні закупівлі, розкриття відбувається двічі. Адже до аукціону відбувається відкриття частини тендерної пропозиції та після аукціону — відкриття пропозиції повністю. І практично здійснюється формування протоколу розкриття лише після аукціону. Тому в разі проведення відкритих торгів, очікувана вартість яких перевищує межі частини 4 статті 10 Закону про публічні закупівлі, та встановлення механізму електронної гарантії радимо уточнювати, з якого саме розкриття рахуватимуть строк дії гарантії.

*Наприклад: строк дії забезпечення тендерної пропозиції становить не менше строку, протягом якого тендерні пропозиції є дійсними, враховуючи розкриття пропозицій, що відбувається відповідно до абзацу 2 частини 1 статті 27 Закону про публічні закупівлі.*

Беручи до уваги вищезазначені норми, радимо замовникам вирізняти, в якій процедурі і коли саме відбуватиметься розкриття пропозицій, адже це суттєво впливає на процес перевірки забезпечення тендерних пропозицій.

## **Практика оскарження**

Електронні гарантії застосовують доволі нетривалий період часу, але практика оскарження вже є. Розглянемо процедуру оскарження за Законом про публічні закупівлі за процедурою, номер оголошення якої [UA-2016-07-11-000022-с](#). У даній процедурі скаргу було відхилено, а іншого учасника визнано переможцем. Але Орган оскарження під час вивчення процедури дійшов висновку, що тендерна пропозиція переможця має бути також відхилена. Невідповідність прослідковувалась саме в електронній гарантії. Нижче наводимо витяг з рішення АМКУ.



### **Витяг з рішення АМКУ № 603-р/пк-пз від 08.09.2016**

Згідно з пунктом 2 розділу III Документації учасник торгів для забезпечення виконання зобов'язань, які виникають у зв'язку з поданням тендерної пропозиції, надає Замовнику забезпечення тендерної пропозиції у формі:

банківської гарантії, згідно з якою первинне зобов'язання несе будь-який банк та з обов'язковим накладенням електронного цифрового підпису відповідальної особи банку та печатки. Форма та зміст банківської гарантії повинні відповідати вимогам Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах, затвердженим Постановою Правління Національного банку України від 15.12.2004 № 639; банківська гарантія може бути надана у будь-якій валюті, перераховується у гривню за офіційним курсом гривні, встановленим Національним банком України на дату видачі банківської гарантії.

Відповідно до пункту 3 глави 2 розділу II Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземній валютах, затвердженого Постановою Правління Національного банку України від 15.12.2004 № 639, **гарантія має містити такі реквізити, зокрема, назву банку** бенефеціара – його назву та адресу, SWIFT-код (BIC kod) або номер телекса (зазначається за потребою).

**У складі тендерної пропозиції ТОВ «Комета-СДЕ» мастить файл «Банківська гарантія.pdf» (підкріплений 26.07.2016 о 15:30), в якому відсутня інформація щодо банку бенефеціара.**

Отже, вищевказаний документ не містить інформації, зокрема щодо назви банку бенефеціара, що порушує вимоги Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах, затвердженого Постановою Правління Національного банку України від 15.12.2004 № 639.

Отже, ТОВ «Комета-СДЕ» порушило вимоги Документації в цій частині.

Згідно зі статтею 30 Закону замовник відхиляє тендерну пропозицію в разі якщо, зокрема, тендерна пропозиція не відповідає умовам тендерної документації.

Не відхиливши тендерну пропозицію ТОВ «Комета-СДЕ», Замовник порушив вимоги частини першої статті 30 Закону.

**Враховуючи наведену вище інформацію, права та законні інтереси Скаржника можуть бути захищені шляхом зобов'язання Замовника скасувати всі рішення, прийняті після відхилення пропозицій процедури закупівлі.**

Після аналізу вищезазначеної скарги можна дійти висновку, що учасники повинні ретельно перевіряти оформлене забезпечення тендерної пропозиції у вигляді електронної гарантії. Воно має чітко відповідати вимогам замовника та законодавству. Рекомендуємо учасникам при оформленні електронної гарантії надавати установі, яка її оформлює, тендерну документацію з вимогами замовника щодо даної гарантії. Адже технічна помилка, описка або недотримання форми документа можуть призвести до втрат часу, грошей та авторитету.

І наостанок надаємо витяг з Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах, затвердженого постановою Правління Національного банку України від 15.12.2004 № 639, щодо порядку надання гарантій банком гарантом та порядку сплати банком-гарантом (резидентом) коштів за гарантією в разі настання гарантійного випадку.



*Витяг з Положення  
«Про порядок здійснення банками операцій з гарантіями в національній та іноземних  
валютах»*

*затвердженого постановою Правління Національного банку України від 15.12.2004 №  
639*

**Розділ II.** Здійснення банком-резидентом операцій за наданими гарантіями/контргарантіями

**Глава 2.** Порядок надання гарантій банком-гарантом

Після прийняття банком-гарантом рішення про надання гарантії відповідальний працівник банку-гаранта готує проект договору про надання гарантії (з урахуванням вимог статті 6 Закону України “Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг” і відповідно до внутрішніх банківських положень банку-гаранта подає його принципалу для підписання. Якщо заява про



надання гарантії має силу договору про надання гарантії, а саме в заяві про надання гарантії передбачені всі умови, за якими надається гарантія, і ця заява погоджена з банком-гарантом (погодження здійснюється шляхом підписання керівником чи уповноваженою особою банку-гаранта, яка має право підпису таких документів, з проставленням відбитка печатки), то договір про надання гарантії може не складатися.

Перевіривши прийнятність для банку-гаранта умов договору про надання гарантії і правильність оформлення поданих документів, відповідальний працівник банку-гаранта складає проект гарантії та погоджує її з принципалом і передає на підпис погоджену гарантію особі, яка має право підпису таких документів у банку-гаранті. Після її підписання банк-гарант протягом строку, визначеного договором про надання гарантії, надсилає повідомлення із зазначенням умов гарантії за реквізитами, що зазначені в заяві про надання гарантії. Якщо гарантія на користь бенефіціара надається на паперовому носії, то оригінал гарантії передається разом із супровідним листом (за потребою) принципалу для передавання її бенефіціару або надсилається безпосередньо бенефіціару разом із супровідним листом або через банк бенефіціара, або авізуючий банк, або через банки-кореспонденти, або надається безпосередньо представнику бенефіціара (разом із супровідним листом), якщо це зазначено в тексті заяви про надання гарантії. Гарантія на паперовому носії складається в одному примірнику, оригінал якої надається бенефіціару. Одна копія гарантії залишається в банку-гаранті, інша – передається принципалу.

Гарантія має містити такі реквізити:

назву документа – “Гарантія”;

номер, дату та місце складання;

повну або скорочену назву принципала, що збігається з назвою, яка зазначена ним у картці із зразками підписів і відбитка печатки [для фізичної особи – прізвище, ім'я та по батькові та документ, що її засвідчує (серія, номер, дата, ким виданий, місце проживання)], його місцезнаходження;

назву валюти, в якій надається гарантія, словами та цифровий або літерний код іноземної валюти відповідно до Класифікатора;

суму гарантії цифрами та словами і валюту платежу;

дату, номер і назву (у разі наявності таких реквізитів) договору або іншого документа, який згідно із законодавством України має силу договору (за наявності), або посилання на тендерну документацію про проведення тендера, в яких передбачена вимога щодо надання гарантії;

назву бенефіціара (для бенефіціара фізичної особи – прізвище, ім'я, по батькові), його місцезнаходження або місце проживання (за наявності такої інформації);

назву банку бенефіціара – його назву та адресу, SWIFT-код (BIC kod) або номер телекса (зазначається за потребою);

назву банку-гаранта;

термін дії або строк дії гарантії чи обставини, за яких строк дії гарантії вважається закінченим;

умови, за яких надається право вимагати платіж;

умови щодо зменшення/збільшення суми гарантії (у разі потреби);

умови, за яких можна вносити зміни до тексту гарантії принципалом, бенефіціаром, банком-гарантом;

підпис і відбиток печатки банку-гаранта (у разі оформлення та надання гарантії на паперовому носії) або електронні цифрові підписи (у разі надання гарантії за допомогою систем “клієнт – банк”, “клієнт – Інтернет – банк”, “телефонний банкінг”);

інші умови.

Гарантія, яка надана на користь іншого банку бенефіціара, надсилається у формі повідомлення безпосередньо на його адресу з проханням підтвердити її отримання, а копія цієї гарантії передається принципалу, який подав заяву про її надання.

Гарантія вважається чинною з дати її видачі, якщо в ній не зазначено інше. Датою

видачі гарантії вважається день надіслання бенефіціару або банку бенефіціара, або авізуючому банку, або банкам-кореспондентам повідомлення із зазначенням умов гарантії або дата, зазначена на поштовій квитанції, що свідчить про надіслання гарантії поштовим зв'язком, або день передавання її представнику бенефіціара або принципала для подальшого передавання її бенефіціару. Облік наданої гарантії здійснюється в день набрання нею чинності за відповідними позабалансовими рахунками.

#### **Глава 4.** Порядок сплати банком-гарантом (резидентом) коштів за гарантією в разі настання гарантійного випадку

Банк-гарант (резидент), отримавши від бенефіціара або банку бенефіціара, або іншого банку вимогу, має переконатися в достовірності цієї вимоги. У разі отримання вимоги від бенефіціара банк-гарант (резидент) повинен перевірити справжність підписів на вимозі або в разі отримання повідомлення від іншого банку про виставлення бенефіціаром вимоги – перевірити ключі, підписи, формат SWIFT. У разі потреби банк-гарант (резидент) надсилає запит до банку бенефіціара або іншого банку, через який було передано вимогу, для уточнення достовірності цієї вимоги/повідомлення. Банк гарант (резидент) приймає вимогу, яка відповідає умовам гарантії, надсилає копію цієї вимоги принципалу (разом з копіями документів, якими вона супроводжувалась, якщо подання таких документів передбачалось умовами гарантії) після отримання відповідних уточнень, що підтверджують її достовірність, або до отримання таких уточнень. Якщо після подання копії вимоги принципалу банк-гарант отримує письмове підтвердження недостовірності пред'явленої вимоги, то банк-гарант надсилає письмове повідомлення про такий факт принципалу та бенефіціару.

Одержана вимога/повідомлення бенефіціара або банку бенефіціара є достатньою умовою для банку-гаранта (резидента) сплатити кошти бенефіціару за гарантією, якщо вимога/повідомлення та документи, обумовлені в гарантії, відповідатимуть умовам, які містяться в наданій гарантії, а також отримані банком-гарантом (резидентом) протягом строку дії гарантії і способом, зазначеним у гарантії.

Сплата за вимогою/повідомленням коштів бенефіціару за гарантією здійснюється банком-гарантом (резидентом) на умовах і в строки, передбачені гарантією для оплати вимоги/повідомлення, та згідно з інструкціями і реквізитами, зазначеними в тексті гарантії та/або у вимозі/повідомленні, отриманими від бенефіціара/банку бенефіціара або іншого банку.

Банк-гарант (резидент) здійснює перерахування коштів з рахунку, на якому обліковувалися кошти принципала для грошового забезпечення (покриття) гарантії,



або з інших відповідних рахунків банку-гаранта (резидента). Якщо гарантія надавалася за рахунок іншого забезпечення, прийнятого для банку, то банк-гарант вирішує питання щодо погашення заборгованості принципала шляхом звернення стягнення на предмет застави або договірною списання коштів з поточних депозитних рахунків принципала, або шляхом проведення інших дій, передбачених законодавством України (за умови, якщо це передбачено договором).

Банк-гарант (резидент) списує з позабалансового обліку гарантію, якщо:  
здійснена повна або часткова сплата бенефіціару коштів, на які видано гарантію;

закінчився строк дії гарантії;

бенефіціар відмовився від своїх прав за гарантією шляхом повернення до банку-гаранта оригіналу гарантії або шляхом подання банку-гаранту (резиденту) письмового підтвердження або повідомлення про звільнення банку-гаранта від зобов'язань за гарантією.

У разі отримання вимоги/повідомлення не на повну суму коштів, що забезпечені гарантією, і здійснення банком-гарантом (резидентом) часткової сплати коштів банк-гарант (резидент) має списати з обліку суму, яка сплачена за гарантією.

---

*Статті, які були надруковані у журналі «Радник в сфері державних закупівель» про забезпечення тендерної пропозиції:*

*Стаття «Електронні гарантії: правила перевірки» Журнал № 9 (60) за вересень 2016 року на стор. 26 -27;*

*Стаття «Установлюємо та надаємо забезпечення тендерної пропозиції» Журнал № 5 (56) за травень 2016 року на стор. 6 -10.*