

Проводимо переговорну процедуру за Законом про публічні закупівлі після відміни двох торгів

Переговорна процедура закупівлі (далі — Переговорна процедура, ППЗ) була, є і, напевно, буде найулюбленішою серед замовників завжди. Адже, порівнюючи її з іншими процедурами закупівлі, закріпленими чинним законодавством у сфері закупівель, вона відбувається в найкоротші строки та передбачає мінімум етапів.

Але досвідчені закупівельники знають, що одним з основних кроків при проведенні ППЗ є складання обґрунтування її застосування. Майже кожній підставі застосування ППЗ, що закріплені чинним законодавством, притаманні формування різноманітних експертних висновків, залучення інформації про монопольне становище та купа інших документів.

Звичайно, на тлі таких важко аргументованих підстав застосування ППЗ, підстава відміни двох торгів через відсутність конкуренції є дуже бажаною для багатьох замовників. Сьогодні закупівельна сфера перебуває на переломному етапі кардинальної зміни своєї концепції, а саме переходу від паперових закупівель до електронних.

Та не все так просто, як здається на перший погляд. Постає цілком логічне питання: чи може замовник посилатись на закупівлі, проведені за Законом України «Про здійснення державних закупівель» (далі — Закон про держзакупівлі), для проведення ППЗ за Законом України «Про публічні закупівлі»? У даній статті редакція журналу «Радник в сфері державних закупівель» порівняє ці два нормативно-правові акти для отримання чіткої відповіді.

Особливості застосування ППЗ після відміни двох торгів за Законом про держзакупівлі

Відповідно до частини 1 статті 39 Закону про держзакупівлі **переговорна процедура закупівлі** — це процедура, яку замовник використовує як виняток і відповідно до якої він укладає договір про закупівлю з учасником після проведення переговорів з одним або кількома учасниками.

Обґрунтування застосування переговорної процедури закупівлі повинно містити умови застосування процедури закупівлі, посилання на експертні, нормативні, технічні та інші документи, що підтверджують наявність умов застосування процедури закупівлі (частина 1 статті 39 Закону про держзакупівлі).

Відповідно до пункту 4 частини 2 статті 39 Закону про держзакупівлі переговорну процедуру закупівлі замовник застосовує як виняток, у разі якщо він двічі відмінив процедуру закупівлі через відсутність достатньої кількості учасників.

Отже, як нам підтвердити та аргументувати застосування ППЗ за пунктом 4 частини 2 статті 39 Закону про держзакупівлі?

В обґрунтуванні замовник може посылатись на ті документи, які фіксують те, що попередні конкурентні процедури було відмінено через те, що пропозицію конкурсних торгів подав лише один учасник або й зовсім ніхто не подав.

Наприклад, такими документами можуть бути:

оголошення про результат процедури закупівлі (де зазначено про відміну торгів та підставу, що їх спричинила);

звіт про результат процедури закупівлі (з фіксуванням підстави відміни торгів).

Чи може замовник спиратись при обґрунтуванні проведення ППЗ за пунктом 4 частини 2 статті 39 Закону про держзакупівлі на процедури, під час яких було відхилено всі пропозиції?

Якщо ж до замовника на закупівлю було подано 10 пропозицій, але він усі відхилив, то така процедура закупівлі не може бути застосована для обґрунтування проведення ППЗ за пунктом 4 частини 2 статті 39 Закону про держзакупівлі. Адже необхідна кількість учасників на процедурі закупівлі була. Інше питання – це формування пропозицій конкурсних торгів учасниками з порушенням вимог тендерної документації, що й призвело до відхилення.

Існують випадки оголошення тих самих процедур закупівель замовниками через те, що потреба не зникла, учасники подають свої пропозиції з порушенням, а іншого шляху закупити відповідно до норм законодавства немає. Підтвердженням даної інформації є роз'яснення Мінекономрозвитку № 3302-05/36601-07 від 04.11.2015 (детальніше — у журналі «Радник в сфері державних закупівель» № 12 (51) за грудень 2015 року на стор. 25).

Які закупівлі можуть бути використані для проведення ППЗ за пунктом 4 частини 2 статті 39 Закону про держзакупівлі?

Щоб застосувати пункт 4 частини 2 статті 39 Закону про держзакупівлі, радимо замовникам застосовувати процедури закупівлі з однаковими предметами закупівлі. У разі якщо перша процедура, на яку замовник бажає спиратись при обґрунтуванні ППЗ, мала три лоти, а друга взагалі була безлотова, то в такому випадку ці дві закупівлі були абсолютно різними.

Звертаємо увагу! Процедура закупівлі має бути відмінена повністю, а не за лотами.

Підтвердженням цього є роз'яснення Мінекономрозвитку від 18.07.2014, повний текст якого надруковано в журналі «Радник в сфері державних закупівель» № 9 (36) за вересень 2014 року на сторінках 40–42.

Чи повинні ці процедури проходити одна за одною?

Згідно з роз'ясненням Мінекономрозвитку від 04.11.2015, процедури, які використовують при обґрунтуванні застосування пункту 4 частини 2 статті 39 Закону про держзакупівлі, можна проводити не одну за одною. Нижче наводимо витяг з даного роз'яснення.



*Витяг з роз'яснення Мінекономрозвитку
№ 3302-05/36601-07 від 04.11.2015*

Відповідно до частини першої статті 39 Закону переговорна процедура закупівлі — це процедура, яка використовується замовником як виняток і відповідно до якої замовник укладає договір про закупівлю з учасником після проведення переговорів з одним або кількома учасниками.

Переговорна процедура закупівлі застосовується замовником як виняток у разі наявності умов, передбачених частиною другою статті 39 Закону, зокрема якщо замовником було двічі відмінено процедуру закупівлі через відсутність достатньої кількості учасників (пункт 4 частини другої статті 39 Закону).

Водночас згідно з частиною першою статті 39 Закону обґрунтування застосування переговорної процедури закупівлі повинно містити умови застосування процедури закупівлі; посилання на експертні, нормативні, технічні та інші документи, що підтверджують наявність умов застосування процедури закупівлі.

Отже, якщо замовником було двічі відмінено процедуру закупівлі через відсутність достатньої кількості учасників, обґрунтування застосування переговорної процедури закупівлі повинно містити посилання на оголошення про результати процедур закупівель у зв'язку з відсутністю достатньої кількості учасників, предметом закупівлі в яких були ті самі товари, роботи і послуги, що є предметом закупівлі у разі застосування переговорної процедури закупівлі, та звіти про результати проведення таких процедур закупівель. Тому, керуючись вимогами частини першої статті 4 Закону замовником застосовується переговорна процедура закупівлі, зокрема, якщо було двічі відмінено процедури закупівлі незалежно від їх послідовності, здійснені відповідно до річного плану закупівель, через відсутність достатньої кількості учасників.

Порівняння Закону про держзакупівлі та Закону про публічні закупівлі

Діяльність стосовно закупівель замовники здійснюють безперервно, адже потяги повинні їздити, школи потрібно обігрівати, а вулиці прибирати.

Виникає питання: **чи можуть замовники застосовувати конкурентні процедури закупівлі, проведені за Законом про держзакупівлі, для обґрунтування застосування пункту 4 частини 2 статті 35 Закону про публічні закупівлі?**

Для того щоб знайти відповідь, звернемося до норм Цивільного кодексу України (далі — ЦКУ). Відповідно до частини 2 статті 5 ЦКУ акт цивільного законодавства не має зворотної дії в часі, крім випадків, коли він пом'якшує або скасовує цивільну відповідальність особи. Частина 3 цієї ж норми зазначає, що якщо цивільні відносини виникли раніше і регулювалися актом цивільного законодавства, який втратив чинність, то новий акт цивільного законодавства застосовують до прав та обов'язків, що виникли з моменту набрання ним чинності.

Відповідно до пункту 1 прикінцевих та перехідних положень Закону про публічні закупівлі цей Закон набирає чинності з дня, наступного за днем його опублікування, та вводиться в дію:

з 1 квітня 2016 року — для центральних органів виконавчої влади та замовників, що здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання;

з 1 серпня 2016 року — для всіх замовників;

із дня набрання чинності Законом України «Про внесення змін до Закону України «Про публічні закупівлі» щодо особливостей використання окремих публічних коштів на території Донецької області» — для місцевих державних адміністрацій, органів місцевого самоврядування та військово-цивільних адміністрацій Донецької області.

Зважаючи на все вищезазначене, доходимо висновку, що процедури закупівлі, які проводили за Законом про держзакупівлі, не можуть слугувати обґрунтуванням застосування переговорної процедури за пунктом 4 частини 2 статті 35 Закону про публічні закупівлі.

Порівняємо відповідні норми законодавства.

Закон про держзакупівлі	Закон про публічні закупівлі
-------------------------	------------------------------

П. 4 ч. 2 ст. 39 переговорна процедура закупівлі застосовується замовником як виняток у разі, якщо замовником було двічі відмінено процедуру закупівлі через відсутність достатньої кількості учасників.

П. 4 ч. 2 ст. 35 переговорна процедура закупівлі застосовується замовником як виняток у разі, якщо замовником було двічі відмінено тендер через відсутність достатньої кількості учасників, при цьому предмет закупівлі, його технічні та якісні характеристики, а також вимоги до учасника не повинні відрізнятися від вимог, що були визначені замовником у тендерній документації.

Відповідно до пункту 28 частини 1 статті 1 Закону про публічні закупівлі **тендер** (торги) — здійснення конкурентного відбору учасників з метою визначення переможця торгів **згідно з процедурами, установленими цим Законом** (крім переговорної процедури закупівлі).

Зважаючи на все вищезазначене, для застосування пункту 4 частини 2 статті 35 Закону про публічні закупівлі замовникові необхідно провести два тендери, тобто провести дві конкурентні процедури саме за даним нормативно-правовим актом. Підтвердженням цієї позиції є роз'яснення Мінекономрозвитку № 3302-06/15145-07 від 23.05.2016. Витяг з даного документа наводимо нижче.



*Витяг з роз'яснення Мінекономрозвитку
№ 3302-06/15145-07 від 23.05.2016*

Водночас цей Закон (від. ред. — Закон про публічні закупівлі) введено в дію з 01 квітня 2016 року для центральних органів виконавчої влади та замовників, що здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання. Відповідно до пункту 2 Розділ IX «Прикінцеві та перехідні положення» Закону процедури закупівель товарів, робіт та послуг, розпочаті до введення в дію цього Закону, завершуються відповідно до порядку, що діяв до введення в дію цього Закону. Ураховуючи викладене та вимоги частини першої статті 4 Закону, замовником застосовується переговорна процедура закупівлі відповідно до статті 35 Закону, якщо ним було двічі відмінено тендер у розумінні цього Закону через відсутність достатньої кількості учасників.

Пункт 4 частини 2 статті 35 Закону про публічні закупівлі можна застосувати, якщо наявними є такі підстави:

двічі відмінено тендер;

на дані тендери подано одну пропозицію або жодної не подано;

ці тендери мають ідентичний предмет закупівлі, його технічні та якісні характеристики, а також вимоги до учасника не повинні відрізнятися від вимог, що були визначені замовником у тендерній документації.

Отже, не втрачайте час! Якщо замовники (для яких вводиться в дію Закон про публічні закупівлі з 1 серпня 2016 року) мають процедури закупівлі, які можна застосувати як обґрунтування проведення ППЗ за пунктом 4 частини 2 статті 39 Закону про держзакупівлі, то радимо проводити переговорну процедуру.

Наприклад, замовник (для якого Закон про публічні закупівлі вводиться в дію з 1 серпня 2016 року) перший раз оголосив відкриті торги за Законом про держзакупівлі. Подано одну пропозицію, і як результат дану процедуру замовник відмінив на підставі застосування частини 1 статті 31 Закону про держзакупівлі, а саме: замовник відмінює торги в разі подання для участі в них менше двох пропозицій конкурсних торгів. Замовник вдруге оголосив таку саму процедуру відкритих торгів за Законом про держзакупівлі, на яку взагалі не було подано пропозицій конкурсних торгів. І так само відмінив процедуру закупівлі за аналогічною підставою статті 31 Закону про держзакупівлі. Отже, замовник має підстави застосувати переговорну процедуру за пунктом 4 частини 2 статті 39 Закону про держзакупівлі лише до 1 серпня 2016 року, що він успішно й робить!

Звертаємо вашу увагу, що відповідно до роз'яснення Мінекономрозвитку № 3302-05/32894-06 від 05.10.2015 початком процедури закупівлі є оприлюднення оголошення про проведення процедури закупівлі на веб-порталі Уповноваженого органу. Тому радимо замовникам, у разі якщо у вас є підстави застосувати пункт 4 частини 2 статті 39 Закону про держзакупівлі, оголосити переговорну процедуру до 1 серпня 2016 року. У такому разі замовники закінчуватимуть проведення переговорної процедури за Законом про держзакупівлі та його механізмами й нормами.

Якщо ж ви не скористаетесь такою можливістю, то в подальшому необхідно буде провести ще два тендери за Законом про публічні закупівлі для того, щоб провести переговорну процедуру на підставах, закріплених пунктом 4 частини 2 статті 35 вже Закону про публічні закупівлі.