

Застосування переговорної процедури після зміни ціни, кількості, предмета закупівлі та виду відміненої процедури

Іноді трапляється так, що при конкурентній процедурі закупівлі не досить популярних товарів, робіт чи послуг, бо свої пропозиції не подає жодний потенційний учасник або подає лише один. У такому випадку в замовника не залишається іншого варіанта дій, аніж відмінити торги на підставі абзацу 6 частини 1 статті 30 Закону України «Про здійснення державних закупівель» (далі — Закон), а саме у зв'язку з поданням для участі в них менше двох пропозицій конкурсних торгів, а в разі здійснення закупівлі за рамковими угодами з кількома учасниками — менше трьох пропозицій.

Проте Законом передбачено варіант виходу з такої непростой ситуації. У випадку повторної відміни процедури закупівлі на вищезазначеній підставі замовник може розпочати переговорну процедуру закупівлі на підставі пункту 4 частини 2 статті 39 Закону, а саме: якщо замовником було двічі відмінено процедуру закупівлі через відсутність достатньої кількості учасників.

Важливо зауважити, що **застосувати переговорну процедуру на вказаній вище підставі можливо лише за умови, що на попередньо відмінені процедури закупівель було подано менше ніж дві пропозиції**, а не до оцінки було допущено недостатню кількість учасників у зв'язку з відхиленням їхніх пропозицій.

Проте в умовах нестабільної економіки, навіть за умови, що для участі в двох процедурах закупівлі заявилося менше двох учасників, правомірність застосування переговорної процедури закупівлі є спірною. Запитання може виникнути в разі, якщо ціна на предмет закупівлі на ринку змінювалася, а фінансування замовника залишалось сталим. У зв'язку із чим замовник при повторному проведенні конкурентної процедури закупівлі був змушений змінити кількість закупаюваного товару чи послуги або технічні характеристики предмета закупівлі, а в окремих випадках назву предмета закупівлі чи саму процедуру.

А тому в даній статті будемо з'ясовувати вплив таких змін на право замовника в подальшому застосувати переговорну процедуру закупівлі.

Переговорна процедура за фактом відміни двох різних процедур через відсутність учасників

Стаття 39 Закону не містить конкретизації того, чи повинна бути двічі відмінена одна і та ж процедура закупівлі на підставі подання для участі менше двох пропозицій учасників. І не сказано про те, чи правомірною буде вважатися відміна двох різних процедур поспіль.

У зв'язку із цим редакція журналу вирішила звернутися до Мінекономрозвитку по офіційне роз'яснення, сформулювавши своє запитання таким чином: чи має право замовник провести переговорну процедуру закупівлі на підставі пункту 4 частини 2 статті 39 Закону, **після відміни процедури запиту цінових пропозицій та процедури відкритих торгів**, у зв'язку з відсутністю пропозицій учасників?

Відповідь Уповноваженого органу — далі.



Витяг з роз'яснення Мінекономрозвитку № 3302-05/18302-07

від 08.06.2015

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, якщо замовником було двічі відмінено **процедуру закупівлі** через відсутність достатньої кількості учасників (пункт 4 частини другої статті 39 Закону).

При цьому процедури закупівлі, за якими замовник може здійснювати закупівлю товарів, робіт або послуг, визначені статтею 12 Закону.

Таким чином, коментуючи роз'яснення, необхідно відзначити, що стаття 12 Закону передбачає, що закупівля може здійснюватися шляхом застосування однієї з таких процедур:

відкриті торги;

двоступеневі торги;

запит цінових пропозицій;

попередня кваліфікація учасників;
переговорна процедура закупівлі.

Таким чином, замовник може здійснювати переговорну процедуру закупівлі за результатом повторної відміни будь-якої або будь-яких двох із зазначених вище процедур через відсутність достатньої кількості учасників, якщо при цьому не було змінено назву та кількість предмета закупівлі, а також технічні вимоги до такого предмета.

А тому не буде розцінено як порушення замовника проведення переговорної процедури закупівлі за результатом відміни процедури запиту цінових пропозицій та процедури відкритих торгів у зв'язку з отриманням менше двох пропозицій конкурсних торгів.

Але постає питання стосовно того, чи можна застосувати пункт 4 частини 2 статті 39 Закону в разі, якщо відмінено процедури закупівлі щодо одного і того ж предмета закупівлі було відмінено не одну за одною, а між ними була процедура, відмінена у зв'язку з відхиленням усіх пропозицій конкурсних торгів.

Редакція журналу «Радник в сфері державних закупівель» звернулася до Мінекономрозвитку для отримання відповіді на дане питання. Повний текст відповіді на це запитання подано нижче.



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.

Отже, переговорну процедуру замовник може застосовувати як виняток у порядку пункту 4 частини 2 статті 39 Закону, при цьому послідовність відміни процедури закупівлі не відіграє значення. Також не слід забувати, що замовник повинен обґрунтувати застосування переговорної процедури, в якій має міститися посилання на оголошення про результати процедур закупівель у зв'язку з відсутністю достатньої кількості учасників.

Детальніше щодо особливостей обґрунтування та застосування підстав проведення переговорної процедури закупівлі читайте у випуску журналу «Радник в сфері державних закупівель» № 7 (46) за липень 2015 року на стор. 8-13.

Переговорна процедура після зміни технічних характеристик предмета закупівлі

Інколи єдиним варіантом виходу при обмеженості фінансування та зростанні цін на предмет закупівлі порівняно з відміненою процедурою є повторне оголошення процедури закупівлі з нижчими за якість чи складністю показниками.

Проте якщо й інша процедура не відбудеться на підставі відсутності достатньої кількості учасників, то виникає питання правомірності застосування переговорної процедури за фактом зміни технічних характеристик предмета закупівлі за двома відміненими процедурами.

А тому для однозначного вирішення цього питання редакція журналу отримала офіційне роз'яснення від Мінекономрозвитку щодо того, чи має право замовник при повторно відміненій процедурі закупівлі на підставі абзацу 6 ч. 1 ст. 30 Закону провести переговорну процедуру закупівлі, якщо при одній з попередньо відмінених процедур було змінено технічні характеристики предмета закупівлі.



Витяг з роз'яснення Мінекономрозвитку № 3302-05/25633-07

від 28.07.2014

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).

Отже, якщо замовником було двічі відмінено процедуру закупівлі через відсутність достатньої кількості учасників, обґрунтування застосування переговорної процедури закупівлі повинно містити посилання на повідомлення про відміну процедури закупівлі 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.

Виходячи зі змісту частини першої статті 4 Закону та частини четвертої статті 11 Закону, закупівля здійснюється відповідно до річного плану, який складається та затверджується комітетом з конкурсних торгів.

Разом з тим частиною першою статті 4 Закону передбачена можливість внесення змін до річного плану закупівель. При цьому форма внесення змін до річного плану державних закупівель, періодичність і характер таких змін (зміна очікуваної вартості закупівлі, предмета закупівлі, терміну початку процедури закупівлі тощо) законодавством не визначені та не обмежені. Тому замовник може періодично вносити зміни до річного плану закупівель відповідно до наявного фінансування, потреби у товарах, роботах, послугах тощо, але у будь-якому випадку до здійснення відповідної закупівлі.

Отже, застосування переговорної процедури закупівлі буде вважатися правомірним лише в разі повторної відміни процедури закупівлі того ж самого **товару, роботи чи послуги**.

При цьому товар (робота, послуга) вважається тим же предметом закупівлі, якщо такий

спрямовується на однакове застосування, до умов його поставки (виконання, надання) визначаються однакові вимоги, а для виконання предмета договору учасник повинен мати однакові дозвільні та/або ліцензійні документи.

Наприклад, якщо зміна технічних характеристик предмета закупівлі призводить до необхідності отримання учасником більшої або меншої кількості дозвільних документів для поставки певного товару або якщо функціональні характеристики такого товару набувають змін та передбачають інші можливості для його застосування, то закупівля такого товару за переговорною процедурою закупівлю буде вважатися неправомірною.

Переговорна процедура після зміни назви предмета закупівлі та кількості

Подібні сумніви щодо правомірності застосування переговорної процедури закупівлі виникають і при зміні (уточненні) назви предмета закупівлі або кількості закупаемого предмета при здійсненні однієї з конкурентних процедур закупівель, що в подальшому була відмінена на підставі відсутності достатньої кількості учасників.

При розгляді цього питання замовник може керуватися вище процитованим роз'ясненням Мінекономрозвитку від 28.07.2014, згідно з яким, якщо замовником було двічі відмінено процедуру закупівлі через відсутність достатньої кількості учасників, то обґрунтування застосування переговорної процедури закупівлі повинно містити посилання на повідомлення про відміну процедури закупівлі у зв'язку з відсутністю достатньої кількості учасників, **предметом закупівлі в яких були ті самі товари, роботи і послуги, що є предметом закупівлі** в разі застосування переговорної процедури закупівлі.

Розглянемо практичну ситуацію. При здійсненні конкурентної процедури закупівлі замовник визначив предмет закупівлі відповідно до всіх вимог законодавства, проте з неправильним зазначенням п'ятого знака за ДК 016:2010. У результаті відміни такої процедури закупівлі на підставі відсутності достатньої кількості учасників при повторному її оголошенні замовник виправив допущену помилку, а предмет закупівлі вказав за іншим п'ятим знаком за ДК 016:2010, проте і повторно оголошена процедура закупівлі була відмінена на тій же підставі. У результаті цього замовник постає перед питанням правомірності оголошення переговорної процедури закупівлі на підставі пункту 4 частини 2 статті 39 Закону. Проте неправильне визначення предмета закупівлі, а саме коду за ДК 016:2010, і могло стати причиною подання недостатньої кількості пропозицій конкурсних торгів, тобто менше двох. Тож за такої умови проведення переговорної процедури закупівлі може бути розцінено як неправомірне, а неточне визначення предмета закупівлі замовником — як навмисне, здійснене з метою уникнення основної процедури закупівлі — відкритих торгів.

Тож зміна (уточнення) назви предмета закупівлі при проведенні однієї з конкурентних процедур або переговорної процедури закупівлі буде вважатися неправомірною (-им), оскільки за таких умов замовник здійснює закупівлю іншого предмета закупівлі.

Зміна кількості закупаваного товару (роботи, послуги) допустима лише за умови, що це не призведе до зміни технічних характеристик закупаваного товару та визначення предмета закупівлі.

Наприклад, якщо кількісної характеристики предмета закупівлі замовник не зазначав у назві предмета закупівлі, а вказав кількість лише в технічних характеристиках закупаваного предмета, що зазначені в числі умов документації конкурсних торгів (кваліфікаційної документації, запиту цінових пропозицій), то лише за такої ситуації зміна кількості закупаваного предмета не впливає на правомірність застосування переговорної процедури закупівлі.

Переговорна процедура закупівлі за результатами часткової відміни конкурентних процедур

Варто нагадати, що застосувати переговорну процедуру закупівлі після повторної відміни конкурентних процедур закупівель на підставі відсутності достатньої кількості учасників можливо лише в разі відміни таких процедур повністю, а не за окремим лотом або 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.

У даному роз'ясненні Уповноважений орган у сфері державних закупівель наголошує, що замовник може застосувати переговорну процедуру закупівлі в разі наявності умови, визначеної в пункті 4 частини другої статті 39 Закону, у випадках відміни процедури закупівлі **в цілому** через відсутність достатньої кількості учасників.

Отже, у разі якщо замовник відмінив конкурентну процедуру закупівлі за окремим лотом, а вивільнені кошти перевищують вартісну межу, визначену частиною 1 статті 2 Закону [100 тисяч гривень при закупівлі товарів або послуг або 1 мільйон гривень при закупівлі робіт (без урахування податку на додану вартість)], то замовник має повторно оголошувати конкурентну процедуру закупівлі. І лише якщо така процедура двічі поспіль буде відмінена повністю, а не за частиною лотів, у зв'язку з поданням пропозицій лише одним учасником або неподанням жодної пропозиції конкурсних торгів, — замовник зможе правомірно застосувати переговорну процедуру закупівлі.

Тож хоча нерідко переговорна процедура закупівлі є панацеєю для замовника, особливо в ситуації відсутності достатньої конкуренції на певному ринку, та для правомірного її застосування замовник має зважати, щоб така переговорна процедура проводилась щодо того ж товару, роботи чи послуги, що були предметом закупівлі при попередньо відмінених конкурентних процедурах.