

Ризики замовника в разі оформлення учасником банківської гарантії

У статті, яка вийшла друком у вересневому випуску журналу «Радник в сфері державних закупівель», ми підіймали питання щодо того, як домовитися з банком про оформлення гарантії на вигідних умовах. Та для мінімізації можливих ризиків учасника торгів (клієнта банку) при оформленні гарантії розглядали те, як саме предмет застави за гарантією впливає на процедуру її оформлення, які документи регулюють відносини між учасником торгів та банком. Вважаємо, що ці нюанси буде корисно взяти до відома і замовникові торгів. У цій же публікації зосередимось на нюансах банківської гарантії, які корисно знати замовникам торгів. Почнемо з того, що визначимо документи, які регулюють відносини між замовником торгів і банком.

Документи, які регулюють відносини між замовником торгів і банком

Основним документом, який регулює зобов'язання банку щодо сплати коштів замовникові торгів (бенефіціарові), є банківська гарантія.

На законодавчому рівні врегульовано, що саме обов'язково повинен зазначити банк у тексті гарантії. Так, відповідно до пункту 26 Постанови НБУ № 639 кожна гарантія повинна містити такі обов'язкові реквізити:

Назву документа, наприклад «Банківська гарантія».

Номер, місце складання та дату видачі.

Повне найменування принципала, тобто учасника торгів.

Код згідно з ЄДРПОУ принципала, тобто учасника торгів.

Повне найменування бенефіціара, тобто замовника торгів.

Код згідно з ЄДРПОУ бенефіціара, тобто замовника торгів.

Найменування банку, який видає гарантію та бере на себе зобов'язання щодо сплати за нею.

Назву валюти, в якій надають гарантію.

Суму гарантії, прописану цифрами та словами.

Назву валюти платежу, якщо вона відрізняється від валюти, в якій надають гарантію.

Відповідно до законодавства України тендерні гарантії для резидентів України, що надають для участі в закупівлях відповідно до ЗУ «Про публічні закупівлі», надають у національній валюті. І сплата суми гарантії також відбувається в гривні.

Дату, номер та назву (у разі наявності таких реквізитів) відповідного документа, виконання зобов'язань за яким забезпечує гарантія. У випадку з тендерною гарантією це — реквізити тендерної документації.

Конкретну дату закінчення дії гарантії або обставини, за яких строк дії гарантії є закінченим.

Умови, за яких бенефіціар отримує право вимагати платіж за гарантією. При випуску тендерної гарантії в тексті зазначають умови сплати коштів відповідно до ст. 24 ЗУ «Про публічні закупівлі». До даних умов належать: відкликання тендерної пропозиції учасником торгів після закінчення строку її подання; непідписання учасником, який став переможцем процедури торгів, договору про закупівлю; ненадання переможцем документів, що підтверджують відсутність підстав, передбачених статтею 17 ЗУ «Про публічні закупівлі»; ненадання переможцем процедури торгів забезпечення для виконання договору про закупівлю.

Підпис уповноваженої особи банку. При наданні тендерних гарантій повинен бути електронно-цифровий підпис. Для зручності АТ «ОТП Банк» зазначає в тексті гарантії інформацію щодо програмного комплексу, за допомогою якого накладено електронно-цифровий підпис, та як можна перевірити його достовірність.

Додаткова інформація в тексті гарантії

Також банки мають право зазначати додаткову інформацію в тексті гарантії, наприклад:

Адресу, на яку слід направляти вимогу про сплату коштів. Головні офіси великих системних банків можуть бути розташовані за різними адресами. Для того, щоб підрозділ, який відповідає за сплату коштів за гарантією, отримав якнайшвидше вимогу від замовника торгів, у тексті гарантії зазначають адресу розташування такого підрозділу. Вона може відрізнитися від юридичної адреси банку.

Строк оплати вимоги. Найчастіше зазначають строк у п'ять банківських днів, оскільки в банку буде достатньо часу на перевірку вимоги та здійснення платежу. Термін оплати вимоги більше десяти банківських днів може свідчити про затягування процесу оплати гарантії.

Умови, за яких гарантію може бути припинено достроково. Банки можуть детально зазначати, яким чином бенефіціар за гарантією може відмовитися від неї або умови, за яких гарантія буде закрита достроково. Наприклад, у п. 44 Постанови НБУ № 639 передбачено можливість дострокового припинення тендерної гарантії в таких випадках: укладено договір про закупівлю з переможцем тендеру або торги відмінено, або тендерна пропозиція учасника відкликана до закінчення строку її подання. Банки зобов'язані перевірити підстави для припинення гарантії на веб-порталі Уповноваженого органу з питань публічних закупівель (<https://prozorro.gov.ua/>) відповідно до ЗУ «Про публічні закупівлі».

Існують випадки, коли банки в тексті гарантії визначають, що деякі умови гарантії зазначають в інших договорах чи документах. Наприклад: «Гарантія набуває чинності на умовах, що зазначені в Договорі про надання гарантії №__ від __». **У такому випадкові учасник торгів зобов'язаний разом з гарантією надати й відповідний договір.**

Також на практиці є гарантії, в яких зазначено, що «...гарантія набуває чинності з дати зарахування грошового покриття до банку». Така гарантія називається неоперативною. **У такому випадку замовникові торгів (бенефіціарові за гарантією) слід вимагати від банку надання документа, що підтверджує зарахування грошового покриття та початок дії гарантії.** А ще краще перестрахуватися, пам'ятаючи про такий нюанс при складанні тендерної документації і встановленні вимог до надання та змісту гарантії.

На практиці АТ «ОТП Банк» зазначає всі умови гарантії в тексті самої гарантії без посилання на інші договори чи документи. Це зручно як для замовника та учасника торгів, так і для банку. І не треба надавати додаткові договори чи документи.

Деякі гарантії можуть містити специфічні умови для отримання оплати від банку. Наприклад, надання документів, що підтверджують невиконання своїх зобов'язань учасником торгів. У такому випадкові замовникам торгів варто уникати загальних визначень таких документів. Краще одразу визначити в тексті гарантії, який документ відповідатиме даній умові. Також замовник торгів повинен розуміти, що він має можливість оформити такий документ. У будь-якому випадкові наявність додаткових умов може ускладнити процес виставлення вимоги про сплату коштів за гарантією.

Перевіряємо текст банківської гарантії

Право вимоги коштів за гарантією обмежується строком її дії. Це означає, що вимога щодо сплати коштів за гарантією повинна бути отримана банком до кінця такого строку

Ось на що слід звернути увагу замовникам торгів при перевірці тексту банківської гарантії:

По-перше, **на порядок виставлення вимоги щодо сплати коштів за гарантією, а саме на те, які супровідні документи вимагає банк надати при виставленні вимоги**. Це можуть бути документи, що засвідчують достовірність підпису та печатки замовника торгів (наприклад, засвідчена нотаріально картка зразків підписів та печатки або документи, що підтверджують повноваження осіб замовника торгів, що підписали вимогу). У будь-якому випадкові при отриманні гарантії замовник торгів (бенефіціар) має впевнитися, що за необхідності він зможе надати зазначені в тексті гарантії документи.

По-друге, **на дату вступу та закінчення гарантії, адже право вимоги коштів за гарантією обмежується строком її дії**. Це означає, що **вимога щодо сплати коштів за гарантією повинна бути отримана банком до кінця строку дії гарантії**. Якщо дата закінчення гарантії припадає на вихідний (неробочий) день, то строк гарантії автоматично подовжується на наступний робочий банківський день (стаття 25 Уніфікованих правил для гарантій на вимогу, публікація МТП № 728 від 01.06.2010).

Якщо в тексті гарантії зазначено, що певні її умови визначені в іншому договорі чи документі, то замовникові торгів слід обов'язково отримати такий договір чи документ, щоб повністю мати текст гарантії й перевірити його відповідність умовам тендерної документації. Тобто і тут замовникові на етапі складання тендерної документації варто зважати на цю інформацію.

Замовникові торгів слід перевіряти правильність написання реквізитів самого замовника торгів, найменування тендеру та всього змісту гарантії на її відповідність умовам власної тендерної документації.

Для стандартизації тексту тендерної гарантії на законодавчому рівні заплановано створити стандартні вимоги до тексту електронної тендерної гарантії, які будуть обов'язковими або рекомендованими для всіх банків. Вимоги в майбутньому будуть

сформульовані та затверджені наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України. Таким чином, в Україні будуть єдині стандарти для тексту тендерних гарантій, яких дотримуватимуться банки та які будуть використовувати замовники торгів. **Це дасть можливість уникнути дискваліфікації учасників торгів через те, що текст гарантії не повною мірою відповідає вимогам замовника, а також захистити замовників торгів від «неякісних» гарантій.** Тому чекаємо на випуск наказу Міністерства економічного розвитку і торгівлі України.

Як отримати кошти за гарантією, якщо порушено умови тендеру?

Вимогу про сплату коштів слід направляти рекомендованим поштовим відправленням, кур'єрською доставкою або передати в канцелярію банку, зазначивши вхідний номер на копії вимоги

Якщо учасник торгів порушив умови тендеру (відкликано тендерну пропозицію після закінчення строку її подання; не підписано переможцем процедури торгів договір про закупівлю; не надано переможцем документів, що підтверджують відсутність підстав, передбачених статтею 17 ЗУ «Про публічні закупівлі»; не надано переможцем процедури торгів забезпечення виконання договору про закупівлю), то в такому випадкові **замовник торгів повинен виставити вимогу банкові щодо сплати коштів за гарантією.**

Але при цьому гарантія повинна бути чинною, тобто строк її закінчення ще не настав. Для отримання коштів за гарантією замовникові торгів слід направити банкові письмову вимогу про сплату коштів. Вимогу потрібно адресувати банкові, що надав гарантію, та обов'язково зазначити:

номер та дату банківської гарантії;

найменування учасника торгів, що порушив умови тендеру;

зазначити, які саме умови тендеру порушив учасник торгів. Зверніть увагу, що це можуть бути тільки ті умови, що вказані в тексті гарантії. Відповідно до ЗУ «Про публічні закупівлі» банківські гарантії повинні передбачати оплату грошових коштів у разі: відкликання тендерної пропозиції учасником торгів після закінчення строку її подання; непідписання учасником, який став переможцем процедури торгів, договору про закупівлю; ненадання переможцем документів, що підтверджують відсутність підстав, передбачених статтею 17 ЗУ «Про публічні закупівлі»; ненадання переможцем процедури торгів забезпечення виконання договору про закупівлю;

суму, яку замовник торгів вимагає сплатити за гарантією (ця сума не повинна перевищувати суму гарантії);

банківські реквізити для отримання коштів за гарантією;

підпис уповноваженої особи замовника торгів та печатку (за наявності).

Також у вимозі про сплату коштів за гарантією необхідно вказати інформацію, яку вимагає банк відповідно до тексту гарантії, та додати супровідні документи, якщо їх надання передбачено умовами гарантії. Таку вимогу слід направити банкові на адресу, що зазначена в гарантії. Переконайтеся, що банк отримав вимогу в межах строку дії гарантії. Для цього вимогу про сплату коштів **слід направляти рекомендованим поштовим відправленням, кур'єрською доставкою або передати в канцелярію банку, зазначивши вхідний номер на копії вимоги.**



*Приклад письмової вимоги про сплату грошових коштів за гарантією.
Форма листа має виключно рекомендаційний характер*

Оформлюють на фірмовому бланку

№ _____ від « _____ » _____ 20__ р. _____

_____ Назва банку _____

_____ Назва підрозділу банку _____
(якщо зазначено в тексті гарантії)

_____ Адреса банку, яка зазначена в тексті гарантії _____

Лист-вимога

Стосовно сплати грошових коштів за банківською гарантією № _____ від _____

Інформуємо, що (назва учасника торгів, код ЄДРПОУ) було порушено умови тендеру на закупівлю (предмет закупівлі), оголошення про проведення якого зареєстроване на веб-порталі Уповноваженого органу з питань публічних закупівель за № (ідентифікатор тендеру), а саме (назва учасника торгів):

- відкликав тендерну пропозицію після закінчення строку її подання, але до того, як сплив строк, протягом якого тендерні пропозиції вважаються чинними*;
- або не підписав договір про закупівлю після оголошення його переможцем процедури закупівлі*;
- або після оголошення його переможцем процедури закупівлі не надав у строк, визначений в абзаці другому частини третьої ст. 17 Закону України «Про публічні закупівлі», документи, що підтверджують відсутність підстав, передбачених ст. 17 Закону України «Про публічні закупівлі»*;
- або після оголошення його переможцем процедури закупівлі не надав забезпечення виконання договору про закупівлю*.

(* При складанні вимоги замовникові потрібно обрати, що саме порушив учасник торгів).

У зв'язку з вищевикладеним просимо сплатити кошти в сумі (сума цифрами та/або словами) гривень за банківською гарантією № (номер гарантії), що була надана (назва банку) « _____ » _____ 20__ р. (дата випуску гарантії) як забезпечення виконання зобов'язань (назва учасника торгів) у рамках тендеру.

Реквізити для оплати коштів:
Найменування отримувача: _____
Код за ЄДРПОУ отримувача: _____
Рахунок отримувача: _____
Відкритий в (назва банку отримувача) та (МФО банку отримувача).
Призначення платежу: _____

Додатки: (вказати документи, долучені відповідно до умов гарантії).

Посада уповноваженої особи _____ Підпис, печатка (за наявності) _____ П. І. Б.

А якщо банк відмовляється сплатити кошти за гарантією?

У разі відмови банку сплатити кошти за гарантією замовник торгів може подати скаргу до Національного банку України або подати позов до суду

У разі відмови банку сплатити кошти за гарантією замовник торгів може подати скаргу до НБУ або подати позов до суду. У такому випадкові саме текст гарантії та копія направленої банкові вимоги щодо сплати коштів будуть основним документом, що підтверджують зобов'язання банку сплатити кошти бенефіціарові, тобто замовникові торгів. Якщо суд прийме рішення, що банк неправомірно відмовив в оплаті за гарантією, то банк буде зобов'язаний здійснити оплату на користь бенефіціара в розмірі суми гарантії та при відповідному рішенні суду відшкодувати завдані збитки. У будь-якому випадкові подібна ситуація негативно вплине на репутацію банку. **Тому банки, які турбуються про неї, ретельно перевіряють вимоги щодо сплати коштів за гарантією та не допускають безпідставних відмов в оплаті таких вимог.** Отже, при виборі банку-гаранта слід віддавати перевагу банкам з надійною фінансовою репутацією.

Новинки на ринку банківських послуг

І наостанок поділюся новинками на ринку банківських послуг.

Відтепер АТ «ОТП Банк» запроваджує нову послугу під назвою «**Тендерна гарантія без застави**». Зважаючи на потреби учасників торгів у швидкому та максимально простому оформленні гарантії, АТ «ОТП Банк» пропонує комфортне оформлення гарантії на таких умовах:

оформлення гарантії **без застави та поруки;**

отримання рішення щодо випуску гарантії всього **за дві години;**

простий пакет документів для оформлення гарантії: інтернет-посилання на тендерну документацію та фінансову звітність;

онлайн-оформлення: подати заявку на оформлення гарантії учасник торгів може через сайт банку, а рішення банку про оформлення гарантії надійде учасникові торгів на електронну адресу протягом двох годин. Якщо учасник торгів відкрив рахунок в АТ «ОТП Банк» та клієнт володіє електронно-цифровим підписом або

користується клієнт-банком, то підписання заяви про гарантію можливе в електронному вигляді. Підписану банком гарантію учасник торгів також отримує на електронну адресу. Таким чином, оформити гарантію в АТ «ОТП Банк» **можливо без відвідування відділення банку;**

фіксована вартість: учасник торгів сплачує разову комісію при оформленні гарантії.

АТ «ОТП Банк» прагне зробити фінансове життя своїх клієнтів комфортним, а банківські інструменти зручними, тому ми продовжуємо впроваджувати прості, швидкі та беззаставні продукти для українських компаній.

Додатково з інформацією з питань забезпечення тендерної пропозиції та забезпечення виконання договору можна ознайомитися у статтях, опублікованих у попередніх випусках журналу:

- «Установлюємо та надаємо забезпечення тендерної пропозиції» — випуск журналу № 5 (56) за травень 2016 року, стор. 22-25;
- «Особливості встановлення вимоги надання електронної гарантії в тендерній документації» — випуск журналу № 11 (62) за листопад 2016 року, стор. 6-10;
- «Електронні гарантії: правила перевірки» — випуск журналу № 9 (60) за вересень 2016 року, стор. 26-27;
- «Забезпечення виконання договору про закупівлю» — випуск журналу № 2 (65) за лютий 2017 року, стор. 12-18;
- «ProZorro погляд на електронні банківські гарантії» — випуск журналу № 2 (65) за лютий 2017 року, стор. 34-35;
- «Як отримати кошти за банківською гарантією» — випуск журналу № 8 (71) за серпень 2017 року, стор. 34-36;
- «Як оформити тендерне забезпечення у вигляді електронної банківської гарантії» — випуск журналу № 12 (75) за грудень 2017 року, стор. 34-39;
- «Мінекономрозвитку України оприлюднило листа щодо учасників-нерезидентів» — випуск журналу № 2 (77) за лютий 2018 року, стор. 26-28;
- «Рухаємося вперед: Постанову НБУ № 639 оновлено. Електронні гарантії видають зі змінами» — випуск журналу № 4 (79) за квітень 2018 року, стор. 28-32;
- «Проведення операцій з коштами тендерного забезпечення в разі настання гарантійного випадку при здійсненні закупівель за бюджетні кошти» — випуск журналу № 6 (81) за червень 2018 року, стор. 29-32;
- «Як домовитись з банком про оформлення гарантії на вигідних умовах?» — випуск журналу № 9 (84) за вересень 2018 року, стор. 10-13.