

# Які документи потрібно вимагати під час укладання прямого договору, якщо не відбулися відкриті торги (з особливостями) через відсутність учасників (учасника)?

Відповідно до підпункту 6 пункту 13 Особливостей здійснення публічних закупівель товарів, робіт і послуг для замовників, передбачених Законом України «Про публічні закупівлі», на період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування, затверджених постановою КМУ від [12.10.2022 № 1178](#) (далі – Особливості), придбання замовниками товарів і послуг (крім послуг з поточного ремонту), вартість яких становить або перевищує 100 тис. гривень, послуг з поточного ремонту, вартість яких становить або перевищує 200 тис. гривень, робіт, вартість яких становить або перевищує 1,5 млн гривень, може здійснюватися без застосування відкритих торгів та / або електронного каталогу для закупівлі товару в разі, коли, зокрема, **відмінено відкриті торги через відсутність учасника процедури закупівлі (учасників процедури закупівлі), у тому числі за лотом.**

Тож, для того щоб замовник мав можливість застосувати цю підставу, у нього мають не відбутися відкриті торги чи лот у відкритих торгах через те, що не прийде **жоден** учасник.

Якщо була подана одна тендерна пропозиція, електронна система закупівель після закінчення строку для подання тендерних пропозицій, визначених замовником в оголошенні про проведення відкритих торгів, не проводить оцінку такої тендерної пропозиції та визначає таку тендерну пропозицію найбільш економічно вигідною.

Таким чином, якщо у відкритих торгах замовника була подана *хоча б одна тендерна пропозиція*, яку він відхилив через невідповідність її чи учасника, що її подав, вимогам тендерної документації, замовник **не може** скористатися можливістю укласти прямий договір на зазначеній підставі. Саме до такої думки ми дійшли у статті [«Відкриті торги з урахуванням Особливостей, коли лише один учасник або жодного»](#).

## Які вимоги замовник повинен враховувати, якщо не прийшов жоден учасник

Відразу зауважимо найголовніше:

предмет закупівлі, його технічні, кількісні та якісні характеристики, а також *вимоги до учасника процедури закупівлі* не повинні відрізнятися від вимог, що були визначені замовником у тендерній документації;

сума договору про закупівлю не може перевищувати очікувану вартість предмета закупівлі, зазначену замовником в оголошенні про проведення відкритих торгів, які відмінено через відсутність достатньої кількості учасників процедури закупівлі (учасника процедури закупівлі).

Ця норма має колізійну умову, тому варто згадати консультацію Мінекономіки у запиті [1223/2022](#), де було зазначено, зокрема, таке:

«...при укладенні договору про закупівлю відповідно до підпункту 6 пункту 13 Особливостей, вимоги до постачальника не повинні відрізнятися від вимог, що були визначені замовником у тендерній документації, зокрема в частині щодо підтвердження відсутності підстав, визначених статтею 17 Закону, тобто замовник вимагає такі ж документи, що підтверджують відсутність підстав, визначених пунктами 3, 5, 6 і 12 частини першої статті 17 Закону, які вимагалися тендерною документацією від переможця процедури закупівлі.

Водночас зазначаємо, що Міністерством ведеться постійна робота щодо вдосконалення сфери публічних закупівель з урахуванням досвіду та найкращих практик закупівель, зокрема здійснюється аналіз пропозицій щодо покращення законодавства. В рамках цієї роботи питання, порушене у Вашому запиті, буде обов'язково розглянуте під час напрацювання змін до Особливостей...».

Враховуючи усе вищезазначене, при укладенні прямого договору про закупівлю на підставі підпункту 6 пункту 13 Особливостей замовнику, щоб уникнути будь-яких зауважень з боку контролюючих органів, варто отримати всі документи, що вимагалися від учасника та переможця в тендерній документації відмінених відкритих торгів.

## Детально розглядаємо підпункт 6 пункту 13 Особливостей

Також розглянемо в табличній формі інші умови використання підпункту 6 пункту 13 Особливостей у розрізі вимог, які (не) може встановлювати замовник.

### Таблиця

Питання	Коментар / пояснення
---------	----------------------



<p><b>Не повинен змінитись предмет закупівлі. Що таке «предмет закупівлі»?</b></p>	<p>Предмет закупівлі — товари, роботи чи послуги, що закуповуються замовником у межах єдиної процедури закупівлі або в межах проведення спрощеної закупівлі, щодо яких учасникам дозволяється подавати тендерні пропозиції / пропозиції або пропозиції на переговорах (у разі застосування переговорної процедури закупівлі). Предмет закупівлі визначається замовником у порядку, встановленому Уповноваженим органом, із застосуванням Єдиного закупівельного словника, затвердженого у встановленому законодавством порядку (пункт 22 частини 1 статті 1 Закону). Тобто назву предмета закупівлі, що ми визначили у відкритих торгах, варто перенести в предмет договору про закупівлю.</p>
<p><b>Не повинні відрізнятися технічні, якісні характеристики. Що варто розуміти під словами «технічні, якісні характеристики»?</b></p>	<p>Фактично це сукупність характеристик предмета закупівлі, що потрібні замовнику. Наприклад: закуповували по ВТ папір формату А-4; <b>розмір 210*297 мм</b>; згідно з ДСТУ EN 12281:2008 Папір для друкування й канцелярський. Вимоги до копіювального паперу, застосовного в процесі перенесення зображення сухим тонером (EN 12281:2002, IDT), але торги не відбулись, і замовник уклав прямий договір згідно з пунктом 6 статті 13 Особливостей та фактично закупив папір формату А-5; <b>розмір 148 x 210 мм</b> згідно з ДСТУ EN 12281:2008 Папір для друкування й канцелярський. Вимоги до копіювального паперу, застосовного в процесі перенесення зображення сухим тонером (EN 12281:2002, IDT). Вважаємо, що замовник не дотримався умов для укладення прямого договору.</p>
<p><b>Не повинні відрізнятися кількісні характеристики предмета закупівлі. Що таке «кількісні характеристики»?</b></p>	<p>Кількісними характеристиками предмета закупівлі є обсяг того, що закуповує замовник. Він змінюватися не може при укладенні договору за підпунктом 6 пункту 13 Особливостей. Водночас якщо у замовника, поки він проводив відкриті торги, що не відбулися, зменшилася потреба в кількості предмета закупівлі, змінити її він не може. У цьому випадку йому доведеться укласти прямий договір на ту ж кількість, що була вказана в тендерній документації, а потім у разі потреби вносити зміни в договір про закупівлю. Втім, така ситуація не повинна виникати часто, адже мінімальний строк проведення відкритих торгів, на які не прийшли учасники, — це сім календарних днів. За сім календарних днів потреба замовника критично змінитися не може, крім випадку, якщо він її неправильно розрахував.</p>
<p><b>Сума договору про закупівлю не може перевищувати очікувану вартість предмета закупівлі, зазначену замовником в оголошенні про проведення відкритих торгів, які відмінено через відсутність достатньої кількості учасників процедури закупівлі (учасника процедури закупівлі)</b></p>	<p>Сума прямого договору про закупівлю, за підпунктом 6 пункту 13 Особливостей, не може перевищувати очікувану вартість, що оприлюднена замовником в електронній системі — у ВТ, що не відбулись. Сума договору про закупівлю не може перевищувати очікувану вартість предмета закупівлі, тобто менше очікуваної вартості вона може бути. Коли учасник погоджується укласти із замовником прямий договір про закупівлю за підпунктом 6 пункту 13 Особливостей на той же обсяг, але за вартістю нижче, ніж було зазначено в оголошенні про проведення ВТ, що не відбулись, то замовник може укласти такий договір про закупівлю.</p>

<p><b>Чи є вимоги до тендерної пропозиції учасника теж вимогами?</b></p>	<p>Вимоги до учасника процедури закупівлі містить тендерна документація. Тендерна документація — документація щодо умов проведення тендеру, що розробляється та затверджується замовником і оприлюднюється для вільного доступу в електронній системі закупівель (пункт 31 частини 1 статті 1 Закону). Відомості, що містить тендерна документація, встановлені у статті 22 Закону. Серед них є вимоги до предмета закупівлі, кваліфікаційні вимоги до учасника та вимоги до тендерної пропозиції учасника. Тендерна пропозиція — це пропозиція щодо предмета закупівлі або його частини (лота), яку <b>учасник процедури закупівлі подає</b> замовнику <b>відповідно до вимог тендерної документації</b> (пункт 32 частини 1 статті 1 Закону). Тож, вимоги до тендерної пропозиції фактично теж є вимогами до учасника.</p>
<p><b>Чи можна змінити проект договору про закупівлю у відкритих торгах при укладенні цього ж договору, але на підставі підпункту 6 пункту 13 Особливостей?</b></p>	<p>Договір — це домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Договором сторони визначають свої зобов'язання щодо його виконання. Тож, договір є вимогами і до учасника, і до замовника. Деякі замовники вважають, що проект договору про закупівлю у відкритих торгах при укладенні договору на підставі підпункту 6 пункту 13 Особливостей може бути змінений, але за умови, що така зміна не буде дискримінаційною щодо учасників, що могли б взяти участь у відкритих торгах, і вимоги до учасника залишаться незмінними. Утім, рекомендуємо утриматись від такої зміни та за можливості укласти договір про закупівлю на підставі підпункту 6 пункту 13 Особливостей згідно з проектом, що опубліковано у ВТ, що не відбулися. Крім того, зміна умов договору про закупівлю не може стосуватися предмета закупівлі, його технічних, кількісних та якісних характеристик.</p>

**Що вимагати для підтвердження відсутності підстав за статтею 17 Закону? Самодекларування?**

Особливостями передбачено, що замовник не вимагає від учасника процедури закупівлі під час подання тендерної пропозиції в електронній системі закупівель будь-яких документів, що підтверджують відсутність підстав, визначених у статті 17 Закону, крім самостійного декларування відсутності таких підстав учасником процедури закупівлі відповідно.

Водночас умови застосування підстави для укладення прямого договору передбачають, що не відрізняються саме вимоги до учасника, що були визначені **замовником у тендерній документації**.

Вимагати від сторони прямого договору самодекларування безглуздо, адже виконати таку вимогу неможливо. Сторона прямого договору не має можливості будь-що самодекларувати в електронній системі закупівель.

Однак, якщо замовник у тендерній документації продублював вищевказану вимогу, то по суті така вимога є вимогою замовника, адже тендерна документація розробляється та затверджується замовником.

За цих умов замовник має виставляти ті ж вимоги до суб'єкта прямого договору. Втім, оскільки виконати їх, як зазначалося вище, неможливо, то останній може здійснити самодекларування в іншій формі, наприклад надати гарантійний лист у довільній формі про відсутність підстав, передбачених статтею 17 Закону. При цьому замовник вимагає такі ж документи, що підтверджують відсутність підстав, визначених пунктами 3, 5, 6 і 12 частини першої та частиною другою статті 17 Закону, які вимагалися тендерною документацією від переможця процедури закупівлі.



**Чи подавати суб'єкту прямого договору документи, що були встановлені вимогами тендерної документації у відкритих торгах, що не відбулися, до переможця торгів?**

Учасник процедури закупівлі і переможець процедури закупівлі — це поняття різні, але їх відмінність полягає в стадії закупівлі, коли учасник переходить у категорію переможця.

Ще раз нагадаємо: відповідно до пункту 37 частини першої статті 1 Закону учасник процедури закупівлі / спрощеної закупівлі (далі — учасник) — фізична особа, фізична особа — підприємець чи юридична особа — резидент або нерезидент, у тому числі об'єднання учасників, **яка подала тендерну пропозицію / пропозицію** або взяла участь у переговорах у разі застосування переговорної процедури закупівлі.

Переможець процедури закупівлі — **учасник**, тендерна пропозиція якого відповідає всім критеріям та умовам, що визначені в тендерній документації, і визнана найбільш економічно вигідною, та якому замовник повідомив про намір укласти договір про закупівлю, або учасник, якому замовник повідомив про намір укласти договір про закупівлю за результатами застосування переговорної процедури закупівлі (пункт 18 частини 1 статті 1 Закону).

Переможець процедури закупівлі — це той же учасник процедури закупівлі, але на стадії процедури закупівлі, коли його визнано переможцем.

Якщо проаналізувати Закон, то його вимоги встановлені до учасників та деталізовані до учасника-переможця саме за ознакою того, що він визначений переможцем.

У підставі, що встановлена підпунктом 6 пункту 13 Особливостей, не деталізовано, на якій стадії вимоги до сторони прямого договору мають бути тотожними до вимог тендерної документації у відкритих торгах. А враховуючи, що переможець процедури закупівлі — це той же учасник, варто отримати від нього всі документи, що передбачалися для надання учасниками відкритих торгів на будь-якій їхній стадії.

Переможець процедури закупівлі у строк, що не перевищує чотирьох днів з дати оприлюднення в електронній системі закупівель повідомлення про намір укласти договір про закупівлю, повинен надати замовнику **шляхом оприлюднення в електронній системі закупівель** документи, що підтверджують відсутність підстав, визначених пунктами 3, 5, 6 і 12 частини першої та частиною другою статті 17 Закону. Замовник не вимагає документального підтвердження публічної інформації, що оприлюднена у формі відкритих даних згідно із Законом України «Про доступ до публічної інформації» та / або міститься у відкритих єдиних державних реєстрах, доступ до яких є вільним, або публічної інформації, що є доступною в електронній системі закупівель, крім випадків, коли доступ до такої інформації є обмеженим на момент оприлюднення оголошення про проведення відкритих торгів (абзац 3 пункту 44 Особливостей).

Таким чином, замовнику варто отримати від суб'єкта прямого договору всі документи, що передбачалося надати переможцем відкритих торгів.

**Якщо у відкритих торгах вимагалось забезпечення тендерної пропозиції, як тепер використати підпункт 6 пункту 13 Закону?**

Забезпечення пропозиції, вважаємо, у даному випадку немає сенсу вимагати, бо у цьому разі немає що забезпечувати, немає тендерної пропозиції, яку подає учасник процедури. Крім того, навряд чи таке забезпечення пропозиції можливо буде отримати, оскільки відсутня тендерна пропозиція, фактично укладається прямиий договір. А от якщо в процедурі встановлювалась вимога щодо надання забезпечення виконання договору про закупівлю, то краще встановити таку вимогу під час застосування підпункту 6 пункту 13 Особливостей. У будь-якому випадку в замовника по Особливостях є варіант знову провести відкриті торги або скористатися, наприклад, іншими виключеннями, що передбачені пунктом 13 Особливостей (якщо наявні відповідні підстави та / або документальне підтвердження у замовника).

Пам'ятаємо практику АМКУ при розгляді скарг щодо закупівель за переговорною процедурою закупівлі на підставі відміни двох відкритих торгів, що не відбулися через відсутність достатньої кількості учасників. Майже будь-яка зміна умов та вимог до учасника, що були встановлені в тендерній документації відкритих торгів, що не відбулися, при застосуванні переговорної процедури закупівлі трактувалася як дискримінація на тій умові, що якби вимоги у відкритих торгах, що не відбулися, були такими, як їх встановлює замовник у переговорній процедурі закупівлі, то учасники, ймовірно, могли б подати тендерні пропозиції:

**«Зменшення очікуваної вартості переговорної процедури після двічі відмінених торгів: правильно чи ні?»;**

**«Переговорна процедура при двічі відмінених торгах: чи правомірно змінювати умови розрахунків та інформацію про мову тендерних пропозицій?»**

**«Змінили очікувану вартість після двох невдалих закупівель? Остерігайтесь скарг, бо закупівлі відмінюють».**

Принцип такого рівного ставлення до учасників досить доречний і при застосуванні умов для укладення прямого договору про закупівлю за виключеннями, які передбачені пунктом 13 Особливостей.

## **Загальний висновок**

Розуміємо, що норма, яку ми проаналізували, містить багато невизначеностей і неузгодженостей, втім, не користуватися нею неможливо, адже вона дуже потрібна замовникам для швидкого здійснення закупівлі у разі, коли не відбулися відкриті торги.

Враховуючи усе вищезазначене, при укладенні прямого договору про закупівлю на

підставі підпункту 6 пункту 13 Особливостей замовнику, щоб уникнути будь-яких зауважень з боку контролюючих органів, варто отримати всі документи, що вимагалися від учасника в тендерній документації відмінених відкритих торгів. При цьому спосіб надання інформації може відрізнятись від вимог тендерної документації. Наприклад, замість самостійного декларування учасником відсутності обставин, передбачених частиною 1 статті 17 Закону, в електронній системі закупівель постачальник / виконавець / підрядник на вимогу замовника може надати письмове підтвердження в довільній формі, а от від переможця процедури закупівлі замовник може вимагати такі ж документи, що підтверджують відсутність підстав, визначених пунктами 3, 5, 6 і 12 частини 1 та частини 2 статті 17 Закону, які вимагалися тендерною документацією .

Наснаги вам у нелегкій праці закупівельника та в разі потреби користуйтеся:

**[прикладом тендерної документації \(за Особливостями\);](#)**

**[прикладом Додатка 2 до тендерної документації \(технічні вимоги до предмета закупівлі\);](#)**

**[прикладом Додатка 3 до тендерної документації \(проект договору\).](#)**

Читайте також на порталі RADNUK.COM.UA [«Чи потрібно вимагати документи по статті 16, 17 Закону коли укладається прямий договір, у разі якщо відкриті торги за Особливостями не відбулись»](#).