

Колізія законодавства в частині умов забезпечення тендерної пропозиції. Практика АМКУ за Особливостями

Згідно з [абзацом 1 пункту 3 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 Кабінету Міністрів України від 12.10.2022 № 1178 (далі — [Особливості](#)), замовники, що зобов'язані здійснювати публічні закупівлі товарів, робіт і послуг відповідно до Закону України «Про публічні закупівлі» від 25.12.2015 № 922-VIII (далі — [Закон 922](#)), проводять закупівлі відповідно до [Закону 922](#) з урахуванням Особливостей.

Варто зазначити, що [Особливостями](#) не змінено та не зупинено норми щодо можливості витребування від учасників забезпечення тендерної пропозиції. Зокрема, залишаються чинними норми пункту 9 частини 2 статті 21 та пункту 15 частини 2 статті 22 Закону 922, згідно з якими оголошення про проведення відкритих торгів, а також тендерна документація, можуть містити умови щодо витребування забезпечення тендерної пропозиції. У свою чергу за абзацом 3 підпункту 1 пункту 41 Особливостей визначено підставу для відхилення тендерної пропозиції учасника, коли ним не надано забезпечення тендерної пропозиції, якщо таке забезпечення вимагалось замовником.

Вимоги до забезпечення тендерної пропозиції визначені [статтею 25 Закону 922](#), які, варто наголосити, також **не змінені та не зупинені, навіть частково**.

Так, наприклад, за пунктом 3 частини 3 статті 25 Закону 922 забезпечення тендерної пропозиції не повертається у разі *ненадання переможцем процедури закупівлі у строк, визначений частиною 6 статті 17 Закону 922, документів, що підтверджують відсутність підстав, установлених статтею 17 Закону 922*.

Така ж умова неповернення забезпечення тендерної пропозиції визначена [формою забезпечення](#), що затверджена [наказом Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України від 14.12.2020 № 2628](#) (далі — [Наказ 2628](#)).

Проте з огляду на норми [Особливостей](#) на період дії правового режиму воєнного стану норма [частини 6 статті 17 Закону 922](#) не застосовуються. З 25.02.2023 також не застосовуються підстави для відмови учаснику в участі в закупівлі, що визначались за частинами 1 і 2 статті 17 Закону 922. Ці положення тепер врегульовані [пунктом 44 Особливостей](#).

Зокрема, за абзацом 15 пункту 44 Особливостей переможець процедури закупівлі у **строк, що не перевищує чотири дні** 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, зазначених у підпунктах 3, 5, 6 і 12 та в абзаці 14 пункту 44 Особливостей. Такий же строк визначався [цим пунктом](#) до 25.02.2023 щодо документів переможця по підставах норм [частин 1 і 2 статті 17 Закону 922](#).

Тим самим вбачається колізія норм за пунктом 3 частини 3 статті 25 Закону 922 та пунктом 44 Особливостей. Проте як уникнути чи обійти таку колізію, а замовнику використати своє право на забезпечення виконання зобов'язань учасником при поданні тендерної пропозиції?

Як замовнику використати своє право на забезпечення виконання зобов'язань учасником при поданні тендерної пропозиції? У [роз'ясненні на запит Акціонерного товариства «Укрпошта» № 1068/2022](#) Міністерство економіки України зазначило, що оскільки відповідно до [пункту 44 Особливостей](#) (у редакції до 25.02.2023) переможець процедури закупівлі у строк, що не перевищує чотири дні з дати оприлюднення в електронній системі закупівель повідомлення про намір укласти договір про закупівлю, повинен надати замовнику шляхом оприлюднення в

електронній системі закупівель документів, що підтверджують відсутність підстав, визначених пунктами 3, 5, 6 і 12 частини 1 та частиною 2 статті 17 Закону 922, надання забезпечення тендерної пропозиції у період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування, здійснюється з урахуванням [Особливостей](#).

Позиція Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі — Колегія) не відрізняється від думки уповноваженого органу. Розглянемо її на прикладі декількох рішень.

Рішення Колегії від 16.01.2023 № 492-р/пк-пз, закупівля № UA-2022-12-19-012776-а.

Обставини розгляду скарги. В умовах закупівлі замовник встановив вимогу щодо надання забезпечення пропозиції за формою, визначеною додатком до тендерної документації. Зазначеною формою встановлено умову щодо неповернення забезпечення, визначену за редакцією [пункту 3 частини 3 статті 25 Закону 922](#).

Позиція скаржника.

Не погоджуючись з такою умовою закупівлі, скаржник просив Колегію зобов'язати замовника внести зміни до тендерної документації. Скаржник наголосив, що форма забезпечення за додатком до тендерної документації не узгоджується з положеннями Особливостей, зокрема [пункту 44 Особливостей](#).

Позиція Колегії.

Зупиняючись на редакції форми забезпечення за [Наказом 2628](#), нормах [статті 17 Закону 922](#) та [пунктів 3 і 44 Особливостей](#), Колегія дійшла висновку, що умови тендерної документації саме щодо форми забезпечення за додатком не узгоджуються з вимогами чинного законодавства. Отже, Колегія наголосила на необхідності внесення змін до тендерної документації та зобов'язала замовника внести їх.

Рішення Колегії від 16.03.2023 № 3298-р/пк-пз, закупівля № [UA-2023-02-13-012119-a](#).

Обставини розгляду скарги. В умовах закупівлі замовник встановив вимогу щодо надання забезпечення пропозиції, яка повинна відповідати вимогам [Постанови Правління Національного банку України від 15.12.2004 № 639](#) та [Наказу 2628](#) з урахуванням вимог щодо неповернення забезпечення, визначених тендерною документацією. Однією з умов неповернення відповідно до тендерної документації є ненадання переможцем процедури закупівлі у строк, визначений [пунктом 44 Особливостей](#), документів, що підтверджують відсутність підстав, визначених у [статті 17 Закону 922](#) (згідно з [пунктом 44 Особливостей](#)).

Учасник, якого визначено переможцем закупівлі, надав у складі пропозиції банківську гарантію, умовою неповернення забезпечення в якій визначено згадану вище умову тендерної документації.

Позиція скаржника.

Не погоджуючись з рішенням замовника про визначення конкурента переможцем закупівлі, скаржник просив Колегію зобов'язати замовника скасувати таке рішення. Скаржник зазначає, що надана переможцем банківська гарантія не містить умови щодо неповернення забезпечення, визначеної за [формою за Наказом 2628](#), що є аналогічною редакції норми [пункту 3 частини 3 статті 25 Закону 922](#).

Позиція Колегії.

Колегією встановлено факт відсутності в банківській гарантії переможця наведеної умови неповернення забезпечення, що визначена за [формою за Наказом 2628](#). Тим самим Колегія наголосила, що банківська гарантія не відповідає [формі за Наказом 2628](#), та зазначила, що це є невідповідністю за [пунктом 40 Особливостей](#), яку переможець повинен був усунути.

Рішення Колегії від 15.02.2023 № 1764-р/пк-пз, закупівля № [UA-2023-01-20-011098-a](#).

Обставини розгляду скарги.

В умовах закупівлі замовник встановив вимогу щодо надання забезпечення пропозиції за

формою, визначеною додатком до тендерної документації.

Учасник, якого визначено переможцем закупівлі, надав у складі пропозиції банківську гарантію, складену за формою додатка до тендерної документації.

Позиція скаржника.

Не погоджуючись з рішенням замовника про визначення конкурента переможцем закупівлі, скаржник просив Колегію зобов'язати замовника скасувати таке рішення. Скаржник зазначає, що надана переможцем банківська гарантія не відповідає формі за Наказом 2628, зокрема не містить умови щодо неповернення забезпечення, визначеної редакцією пункту 3 частини 3 статті 25 Закону 922.

Позиція Колегії.

Колегією встановлено факт, що банківська гарантія переможця складена за формою додатка до тендерної документації, та наголошено на її відповідності умовам закупівлі. Отже, Колегія зазначила на відсутності підстав для задоволення скарги в цій частині.

Коментар

Як бачимо, позиція Органу оскарження схожа до позиції уповноваженого органу в частині необхідності узгодження умов закупівлі щодо забезпечення з нормами Особливостей, а саме: щодо проаналізованих умов неповернення забезпечення, враховуючи обставину, як наголошено вище, що по суті норма пункту 3 частини 3 статті 25 Закону 922 та редакція форми забезпечення за Наказом 2628 не підлаштовувалась під Особливості. Тим самим таке налаштування замовник може зробити сам.

При цьому з наведених рішень вбачається, що просто встановити умову щодо неповернення забезпечення з урахуванням вимог пункту 44 Особливостей у тендерній документації буде недостатньо, якщо ще й зазначити про відповідність забезпечення формі за Наказом 2628. Тому замовнику рекомендується визначити власну форму забезпечення тендерної пропозиції, яка б водночас задовольняла форму за Наказом 2628 та в свою чергу узгоджувалась з нормами Особливостей.

Окремо повернемося до другого проаналізованого рішення. У публікації «Відхилення через невідповідність забезпечення тендерної пропозиції. Практика АМКУ за Особливостями» ми розглянули рішення АМКУ, за яким Колегія одразу наголошувала на необхідності відхилення пропозиції учасника, оскільки його гарантія частково не відповідала вимогам закупівлі. За рішенням Колегії № 3298 ми бачимо, умовно кажучи, протилежну позицію органу оскарження, за якою такі невідповідності в забезпеченні повинні бути виправлені в порядку пункту 40 Особливостей.

Якщо пропозиція учасника взагалі не містить забезпечення тендерної пропозиції, якщо таке вимагалось, учасник повинен бути відхилений на підставі абзацу 3 підпункту 1 пункту 41 Особливостей, про що згадувалось вище. Для цього замовник може

скористатись взірцем [протоколу про відхилення учасника за ненадання забезпечення тендерної пропозиції](#), який розміщено на порталі [RADNUK.COM.UA](#).

Читайте також публікації:

[Інформація про ціну в електронній формі та документальній відрізняється: практика АМКУ;](#)

[Шість невідповідностей переможця умовам ТД та інші порушення: практика ДАСУ за особливостями;](#)

[Як провести ЗЦП з декількома номенклатурними позиціями.](#)