

# Торги без аукціону: як обґрунтувати та нащо воно треба?

З початку 2023 року відкриті торги в електронній системі закупівель PROZORRO [проводилися без аукціону](#): якщо прийшло кілька учасників, то замовник починав розгляд з найдешевшої; якщо зголосився лише один кандидат — то, в разі відсутності підстав для відхилення, він здобував перемогу.

Однак з 19.05.2023 набрала чинності постанова Уряду від 12.05.2023 № 471, а з нею — і [нова редакція 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 Уряду [від 12.10.2022 № 1178](#) (далі — Особливості № 471 (нова редакція) та Особливості № 1178 (перша редакція) відповідно).

Особливості № 471 дещо змінили правила гри, впроваджені Особливостями № 1178: як і раніше, торги можуть відбутися і з одним учасником, про це ми розповідали окремо в статті [«Відкриті торги не відбулися ще до 19.05.2023: чи можна зараз укласти прямий договір»](#). Однак, якщо таких учасників двоє і більше, то має проводитися аукціон, якщо інше не буде встановлено обґрунтованим рішенням замовника.

Що то за «обґрунтоване рішення», що в ньому слід написати і нащо взагалі його приймати? Відповіді на ці питання шукаємо разом у цій статті.

## Нащо воно треба?

Щоб розібратися, нащо може знадобитися оголошувати тендер без аукціону в поточних умовах, пригадаймо, а навіщо взагалі в січні 2023 року ті аукціони відмінили. Тоді йшлося про те, що в умовах блекауту не всі потенційні учасники мають повноцінний доступ до мережі Інтернет, а отже, їхня участь в аукціоні може бути зірвана. Тож як екстрений, однак заздалегідь тимчасовий, захід Уряд відмінив аукціони, чим поставив усіх потенційних учасників у рівні умови. Цей же аргумент і буде вирішальним у питанні, навіщо оголошувати торги без аукціону.

Хоча ситуація з електроживленням значно покращилася, однак залишається непевною через високу загрозу ракетного обстрілу на всій території України. Не кажучи вже про безпекову складову в цілому: враховуючи кількість атак з боку держави-агресорки протягом травня 2023 року, цілком виправданим видається оголошення торгів без аукціону — просто для того, аби не опинитися в ситуації, коли під час аукціону звучить сигнал повітряної тривоги й учасники розриваються між необхідністю бігти в укриття та одночасно слідкувати за кроками конкурентів на аукціоні. **У цьому контексті замовник може оцінювати як ризики власного місцерозташування, так і географії потенційних постачальників.**

**Зауважимо:** відміна аукціонів, позбавивши можливості подальшого торгу, простимулювала учасників одразу встановлювати розумні ціни. У поєднанні з розширенням механізму усунення недоліків протягом 24 годин, такий крок у багатьох випадках справив позитивний вплив на конкуренцію у закупівлях, адже значно зросли шанси на перемогу саме у тих учасників, які одразу виставляють найменшу ціну, на протигагу тим, хто вміє бездоганно формувати пакети тендерної документації з безкінечними довідками-згодами-інформаціями довільної форми, однак не готовий поступитися ціною.

Провівши аналіз, замовники можуть виявити, що закупівлі січня — травня 2023 року за своєю ефективністю не поступаються закупівлям 2022 року. **Результати такого аналізу можуть стати додатковим аргументом на користь відтермінування аукціонів.**

Звертаємо увагу, що Особливості № 471 не містять критеріїв обґрунтованості рішення замовника щодо проведення торгів без аукціону. Отже, оскаржити таке рішення учаснику до Органу оскарження (Антимонопольного комітету України) чи поставити під сумнів аудиторам під час моніторингу буде вкрай складно. Простіше кажучи, практично будь-який аргумент замовника (окрім «Я просто так хочу») може бути достатнім для визнання рішення обґрунтованим.

Виняток становить аргумент у стилі «До нас і так ніхто не приходить...». Вище ми вказали, що результати аналізу закупівель з початку року можуть засвідчити ефективність торгів без аукціонів: якщо при ретельно вивіреній очікуваній вартості замовник все рівно має конкуренцію на торгах і купує вигідніше, аніж будь-хто інший, то картина радує.

Інша річ, якщо до замовника на торги систематично або взагалі ніхто не приходить, або приходить лише по одному учаснику (причому здебільшого з числа чинних чи колишніх контрагентів). Це має насторожити — як самого замовника (його керівника, внутрішніх аудиторів тощо), так і його засновника (орган управління, вищестоящий орган). У такого замовника явно біда з конкуренцією через, можливо, завищені чи надмірно ускладнені вимоги, які стають нездоланим порогом для потенційних учасників (зокрема, новачків у закупівлях). Для такого замовника що наявність аукціонів, що їх відсутність нічого не змінюють — потрібно комплексно переглядати власні підходи до організації закупівель.

## Підводні камені

Зважаючи «за» і «проти», замовникам слід пам'ятати про підводні камені на шляху до дійсно ефективних закупівель.

**Камінь 1.** Незалежно від безпекової ситуації, аукціон може не мати сенсу лише, якщо замовник розумно підійшов до визначення очікуваної вартості предмета закупівлі: моніторинг ринку, аналіз оголошень інших замовників на PROZORRO, запит пропозицій від попередніх контрагентів та їхніх конкурентів тощо.

Якщо очікувана вартість предмета закупівлі практично дорівнює найнижчій ціні на ринку, а можливість подання тендерних пропозицій по ціні, вищій за очікувану вартість, заблокована, то підприємці з вищими цінами на торги або не прийдуть (і тендер зіграють з одним учасником), аби вимушені будуть скинути ціни.

Однак, якщо очікувана вартість предмета закупівлі визначена «на око» та «зі стелі» і добряче завищена, то відсутність аукціону логічно призведе до перевитрати коштів замовника, адже «ринок є ринок» і мало ймовірно, що хтось з учасників вирішить запропонувати аномально низьку ціну і відмовитися тим самим від надприбутків (а навіть якщо такий учасник і знайдеться, його можуть дискваліфікувати з тендеру за неналежне обґрунтування аномально низької ціни — підпункт 1 пункту 45 Особливостей № 471).

*Як та яким методом визначити очікувану вартість предмета закупівлі, можна дізнатись, завантаживши приклад [Методики визначення очікуваної вартості предмета закупівлі](#). Для того щоб увести такий документ саме на вашому підприємстві, слід його затвердити наказом [«Про затвердження Методики визначення очікуваної вартості предмета закупівлі»](#).*

**Камінь 2.** Погана репутація замовника. Відміну аукціонів, як і інші послаблення сфери публічних закупівель, що мали місце з початку повномасштабного вторгнення, закупівельна громадськість оцінила неоднозначно.

Багато голосів лунало і «за», і «проти». Якщо замовник ще до війни заробив собі недобру репутацію, завищуючи де треба й де не треба вимоги до учасників, затребуючи по дві сотні документів на тендер і без кінця виправдовуючись в АМКУ за необґрунтовані рішення, то такому замовнику категорично не рекомендовано відмовлятися від аукціонів.

## Форма рішення

Пункт 37 Особливостей № 471 вимагає «обґрунтованого рішення замовника». З обґрунтуванням ми вже розібралися: ризики перебоїв з електропостачанням, безпекова ситуація (аукціон під час тривоги) за місцезнаходженням замовника чи потенційних контрагентів, ефективність закупівель без аукціону. Хто має приймати таке рішення і в якій формі?

Найбільш очевидна відповідь — уповноважена особа у вигляді відповідного протоколу, адже саме уповноважена особа згідно з частинами 1 і 10 статті 11 Закону України «Про публічні закупівлі» є відповідальною за організацію та проведення процедур закупівель і оформляє свої рішення протоколами:

**[протокол про затвердження \(змін до\) РП \(за Особливостями без застосування електронного аукціону\);](#)**

**[протокол про затвердження тендерної документації \(за Особливостями без](#)**

## застосування електронного аукціону).

Водночас практично кожен замовник регулює найважливіші аспекти власної закупівельної діяльності та в цілому договірної роботи відповідними локальними актами — положенням, порядком, регламентом, правилами тощо, які затверджуються організаційно-розпорядчими актами керівництва (накази чи розпорядження).

Тож питання про (не)проведення аукціонів може бути регламентоване і таким актом — як для всіх закупівель на певний час, так і вибірково (наприклад, на певний строк чи в розрізі предметів закупівлі), що знімає з уповноваженої особи і необхідність самостійного прийняття відповідних рішень — **приклад наказу про проведення відкритих торгів без аукціону.**

## **Відповідальність за необґрунтоване рішення про непроведення аукціонів**

Жодної відповідальності за необґрунтоване рішення про непроведення аукціонів законодавством не перебачено. Та навіть якби такий штраф ввели, то довести склад правопорушення було б у край складно: як зазначалося вище, **законодавство не містить критеріїв обґрунтованості рішення замовника щодо проведення торгів без аукціону, тож і порушити такі критерії неможливо.**

З тих же підстав рішення про незастосування аукціону буде практично неможливо оскаржити до Органу оскарження (Антимонопольного комітету України). За усталеною практикою, головний аргумент скарги — це порушення конкретних прав конкретного потенційного чи дійсного учасника: відповідно до пункту 4 частини 5 статті 18 Закону скарга повинна містити обґрунтування наявності у суб'єкта оскарження порушених прав та охоронюваних законом інтересів з приводу рішення, дії чи бездіяльності замовника, що суперечать законодавству у сфері публічних закупівель і внаслідок яких порушено право чи законні інтереси такої особи. А чим пояснити шкоду від відсутності аукціонів, без яких вся Україна успішно проводила торги майже 5 місяців поспіль?

Наявність чи відсутність аукціонів не справляє безпосереднього впливу на рішення про визнання переможця чи дискваліфікацію учасника. Отже, цей факт не стане вагомим аргументом навіть у випадку судового оскарження вже укладеного договору про закупівлю.

Вбачається, що єдиний випадок, коли питання про непроведення аукціону опиниться під пильним дослідженням аудиторів чи контролюючих органів, — це закупівля за явно завищеними цінами. Однак і тоді відмова від аукціону буде розглядатися в сукупності з іншими обставинами закупівлі: порядок визначення очікуваної вартості (як дійшли до такої цифри?), коло учасників (хто прийшов на тендер, окрім чинних контрагентів?), обґрунтованість вимог до учасників (прояви дискримінації чи свідомого обмеження

конкуренції?), відповідність поведінки замовника у спірному тендері його звичайній моделі / стратегії організації закупівель та ін.

## Загальні висновки та рекомендації

Аргументи, які можуть бути вирішальним у питанні, навіщо оголошувати торги без аукціону: ризики перебоїв електропостачання, безпекова ситуація (аукціон під час тривоги тощо) за місцезнаходженням замовника чи потенційних контрагентів, ефективність закупівель без аукціону.

Провівши аналіз, замовники можуть виявити, що закупівлі січня — травня 2023 року за своєю ефективністю не поступаються закупівлям 2022 року. Результати такого аналізу можуть стати додатковим аргументом на користь відтермінування аукціонів.

Особливості № 471 не містять критеріїв обґрунтованості рішення замовника щодо проведення торгів без аукціону. Тому оскаржити таке рішення учаснику до Органу оскарження чи поставити під сумнів аудиторам під час моніторингу буде вкрай складно. Простіше кажучи, практично будь-який аргумент замовника (окрім «Я просто так хочу» / «До нас і так ніхто не приходить...») може бути достатнім для визнання рішення обґрунтованим.

Пункт 37 Особливостей № 471 вимагає «обґрунтованого рішення замовника», наприклад у вигляді протоколу уповноваженої особи або наказу по підприємству / організації / установі.

Відповідальності за необґрунтоване рішення про непроведення аукціонів законодавством не перебачено. Та навіть якби такий штраф ввели, то довести склад правопорушення було б вкрай складно: як зазначалося вище, законодавство не містить критеріїв обґрунтованості рішення замовника щодо проведення торгів без аукціону.

**Нагадуємо, що в будь-який час доби ви можете завантажити на порталі Радник [приклад тендерної документації \(за Особливостями зі змінами від 19.05.2023 року\)](#). Читайте також:**

[«Дотримуємося вимог до учасника та предмета закупівлі правильно: практика АМКУ»;](#)

[«Чи варто в тендерній документації прописувати визначення аномально низької ціни? Нюанс дев'ятих змін до Особливостей»;](#)



«Увага! 10 основних акцентів, які необхідно враховувати, коли готуєте тендерну документацію з 19 травня»;

«П'ять порад для підготовки тендерної документації з урахуванням норм щодо усунення невідповідностей за пунктом 40 Особливостей».