

Банківська гарантія: проблемні питання

У випуску журналу «Радник в сфері державних закупівель» № 12 (75) за грудень 2017 року на стор. 34–39 фахівець відповідної галузі детально висвітлювала питання, які стосуються оформлення тендерного забезпечення у вигляді електронної банківської гарантії.

Стаття, яку наразі ми пропонуємо до уваги читачів, покликана виокремити та висвітлити проблемні питання, що стосуються банківської гарантії як виду забезпечення зобов'язань. Одне з питань стосувалось практики банків щодо зазначення в тексті банківської гарантії обов'язку гаранта (банка) сплатити кошти за гарантією в розмірі, що не перевищує гарантійну суму (не перевищує розмір забезпечення). *Пояснення представника банку з даного приводу ви можете прочитати в матеріалах інтерв'ю в журналі № 12 (75) за грудень 2017 року на стор. 39.*

Гарант зобов'язується сплатити бенефіціарові суму в розмірі, що не перевищує гарантійну суму: практика Колегії АМКУ

Однак задля правильного застосування практики оформлення тендерного забезпечення для участі в публічних торгах пропонуємо як учасникам, так і замовникам звернутись до практики органу оскарження з даного питання, на яку не можна не зважати, оскільки орган оскарження дає закупівельникам та ринку (учасникам) основні правозастосовні формули у сфері публічних закупівель.

Нижче пропонуємо читачам ознайомитися з витягом з рішення Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі — Колегія АМКУ).



Витяг з рішення Колегії АМКУ № 6559 -р/пк-пз від 20.09.2017 (оголошення № UA-2017-07-20-000072-b)

Скаржник повідомляє про порушення Замовником порядку проведення Процедури закупівлі та просить, зокрема, зобов'язати Замовника скасувати рішення щодо визначення

переможця.

У скарзі ПП «ХХХ» (Скаржник) просить **зобов'язати Замовника скасувати рішення про визначення переможця** та визначити Пропозицію ТОВ «УУУ» такою, що не відповідає умовам Документації, **у зв'язку з чим Пропозицію ТОВ «УУУ» було розглянуто на встановлено наступне.**

Відповідно до пункту 1 розділу 3 Документації тендерна пропозиція, яка подається учасником Процедури закупівлі, повинна складатися, зокрема, **з документа, що підтверджує надання учасником забезпечення тендерної пропозиції** (якщо таке забезпечення передбачено оголошенням про проведення процедури закупівлі).

Відповідно до пункту 2 розділу 3 Документації учасник надає Замовнику гарантії виконання своїх зобов'язань у зв'язку з поданням тендерної пропозиції **у виді банківської гарантії в електронній формі, яка надається одночасно з поданням тендерної пропозиції.** Замовник вимагає надання забезпечення тендерної пропозиції у формі електронної банківської гарантії у розмірі, інформацію про яку наведено в пункті 11 «Зведеної інформації про тендер».

У пункті 11 розділу 1 «Зведена інформація про тендер» Документації **розмір банківської гарантії становить 3 % від очікуваної вартості закупівлі без ПДВ: 23 377,53 грн (двадцять три тисячі триста сімдесят сім грн 53 коп).**

У складі Пропозиції ТОВ «УУУ» міститься банківська гарантія від 02.08.2017 № 8927/17-ТГ, видана ПАТ «Банк інвестицій та заощаджень», в якій зазначено, зокрема, що **«гарант зобов'язується протягом 5 (п'яти) робочих днів сплатити Бенефіціару суму в розмірі, що не перевищує гарантійну суму».**

Враховуючи наведене, ТОВ «УУУ» **порушило наведені умови Документації, а його Пропозиція мала бути відхилена Замовником.**

Враховуючи інформацію, зазначену в мотивувальній частині цього рішення, **тендерна пропозиція ТОВ «УУУ» не відповідала наведеним вище умовам Документації, а тому Замовник мав відхилити її** відповідно до частини 1 статті 30 Закону. Не відхиливши тендерну пропозицію ТОВ «УУУ», Замовник порушив вимоги частини 1 статті 30 Закону.

Враховуючи наведену вище інформацію, права та законні інтереси Скаржника можуть бути захищені шляхом зобов'язання Замовника скасувати рішення про визначення ТОВ «УУУ» переможцем Процедури закупівлі.

Враховуючи викладене, керуючись частиною 3 статті 8 та статтею 18 Закону України «Про публічні закупівлі», Постійно діюча адміністративна колегія Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель

ПОСТАНОВИЛА:

Зобов'язати Замовника скасувати рішення про визначення ТОВ «УУУ» переможцем

процедури закупівлі — «ДК 021:2015: 71630000-3 — Послуги з технічного огляду та випробовувань», оголошення про проведення якої оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу за № UA-2017-07-20-000072-b.

Який висновок можна зробити, ознайомившись із таким рішенням? До речі, подібних справ, у яких рішення Колегії АМКУ є аналогічними, — безліч. Так у чому ж проблема?

Учасник торгів у складі тендерної пропозиції надає банківську гарантію, відповідно до умов якої, у разі настання гарантійного випадку, банк гарантує сплатити замовникові будь-яку суму в розмірі, що не перевищує розмір забезпечення тендерної пропозиції, проте не конкретну суму, встановлену замовником умовами тендерної документації.

Таким чином, виходячи зі змісту тендерної документації замовника (формулювання в ній вимог стосовно тендерного забезпечення), банківська гарантія, яка містить подібні положення, є такою, що не відповідає умовам тендерної документації.

І тут згадуємо аксіому: тендерна пропозиція учасника повинна повністю відповідати вимогам тендерної документації замовника.

Як демонструє нам практика органу оскарження з даного питання, останній в аналогічних ситуаціях приймає рішення про невідповідність такої банківської гарантії вимогам тендерної документації.

Гарант зобов'язується сплатити бенефіціарові суму в розмірі, що не перевищує гарантійну суму: судова практика

Варто зазначити, що розглянуту в попередньому розділі цієї статті практику підтримують і українські суди. Так, Господарський суд міста Києва встановив (рішення від 06.06.2017 у справі № 910/3729/17, доступне за посилання <http://reyestr.court.gov.ua/Review/67619944>), що: «...при настанні гарантійного випадку, банк-гарант, відповідно до взятих на себе зобов'язань, вправі сплатити Бенефіціару будь-яку грошову суму, в межах від 0,01 грн до 500 000,00 грн, у зв'язку з чим при настанні гарантійного випадку Бенефіціар ризикував замість отримання від гаранта належного тендерного забезпечення, в сумі 500 000,00 грн (як це було передбачено умовами тендерної документації), отримати суму забезпечення, приміром, у розмірі 1 копійки, оскільки це відповідає умовам та змісту наданої Позивачем банківської гарантії, оскільки є сумою, яка не перевищує 500 000,00 грн». Таке рішення суду повністю кореспондується з позицією Колегії АМКУ з даного питання, про що йдеться й у самому тексті рішення господарського суду: «Законність рішення Відповідача (замовник), про відхилення тендерної пропозиції Позивача (учасник закупівлі), також підтверджується рішенням Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного

комітенту України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель № 812-р/пк-пз від 22.02.2017 р. (оголошення про закупівлю № UA-2016-12-19-001477-b), яке прийняте вказаним органом в межах своєї компетенції, яке на момент розгляду справи є чинним (копія рішення постійно діючої адміністративної колегії АМКУ № 812-р/пк-пз від 22.02.2017 міститься в матеріалах справи). Згідно з рішенням Постійно діючої адміністративної колегії АМКУ № 812-р/пк-пз від 22.02.2017 встановлено, що зміст банківської гарантії від 18.01.2017 № КГ2017-0006, наданої Позивачем, не відповідає умовам тендерної документації, у зв'язку з чим тендерна пропозиція Позивача була правомірно відхилена Відповідачем з наведеної вище підстави».

Окрім того, зазначена позиція підтримана й апеляційною інстанцією в особі Київського апеляційного господарського суду (постанова від 13.09.2017 у справі № [910/3729/17](#)).

Наразі розглянута нами позиція членів Колегії АМКУ та суду щодо застосування норм зобов'язального права стала каменем спотикання в чотирикутнику: замовник – учасник – банк – АМКУ. Усі крапки над «і» міг би розставити Вищий господарський суд (з 15 грудня 2017 року Касаційний господарський суд), проте взята нами за приклад судова справа до нього так і не дійшла.

З огляду на все вищевикладене, суб'єкти сфери закупівель повинні пам'ятати, що правило одне для всіх: тендерна пропозиція учасника повинна відповідати умовам тендерної документації замовника.

Банківська гарантія та Постанова НБУ № 639.

Гарантія вважається чинною з дати її видачі, якщо в ній не зазначено інше: практика Колегії АМКУ

Згадаємо: діяльність банків у сфері надання гарантій регулює Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах, затверджене Постановою Національного банку України № 639 від 15.12.2004. Далі пропонуємо читачам, по-перше, ознайомитися з витягом з рішення Колегії АМКУ стосовно банківської гарантії та, по-друге, в підсумку резюмуємо відповідні висновки.



Витяг з рішення Колегії АМКУ № 7728-р/пк-пз від 02.11.2017(оголошення № UA-2017-08-15-000852-с)

Скаржник повідомляє про порушення Замовником порядку проведення Процедури закупівлі та просить, зокрема, прийняти рішення про встановлення факту порушень Процедури закупівлі, зобов'язати Замовника скасувати рішення про відхилення тендерної пропозиції Скаржника та рішення про визначення переможця Процедури закупівлі.

Згідно з інформацією, яка розміщена на веб-порталі Уповноваженого органу, Замовник відхилив Пропозицію Скаржника, як таку, що не відповідає умовам тендерної документації (надалі — Документація) та визначив переможцем Процедури закупівлі ТОВ «ZZZ». Скаржник не погоджується з рішенням Замовника щодо відхилення його тендерної пропозиції.

У зв'язку з цим були розглянуті підстави відхилення Пропозиції Скаржника та встановлено наступне.

Згідно з протоколом розгляду тендерних пропозицій від 06.10.2017 № 8/5/2017 підставами відхилення Пропозиції Скаржника було наступне: **«Банківська гарантія не відповідає вимогам Постанови НБУ від 15.12.2004 № 639 «Про затвердження Положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах» — відсутня назва банку бенефіціара (пункт 3 глава 2 Розділ II Постанови), що не відповідає умовам, визначеним пунктом 3.2 розділу 3 тендерної документації.**

У складі тендерної пропозиції учасника міститься банківська гарантія № 4942- 17Г, в якій зазначено наступне: **«Ця Гарантія вступає в силу з моменту та на умовах встановлених у договорі від 30.08.2017 № Д-4942-17Г та діє по «27» січня 2018 року включно».** Зазначений договір відсутній у складі тендерної пропозиції, таким чином, неможливо встановити, чи вступила гарантія в силу, та які додаткові умови вона містить. Враховуючи наведене, учасником порушено умови тендерної документації в цій частині».

Замовник з цього приводу надав пояснення, в яких посилаючись на Постанову НБУ від 15.12.2004 № 639 зауважив, що **гарантія повинна містити, в тому числі, назву банку бенефіціара (його назву та адресу), SWIFT-код, або номер телекса (зазначається за потребою).**

Замовник підкреслює, що умова «за потребою» відноситься лише до: SWIFT-коду або номера телекса.

Як вказує Замовник, **Документацією визначені адреса та назва бенефіціара, тому банківська гарантія Скаржника не відповідає Постанові НБУ від 15.12.2004 № 639 та умовам Документації.**

Крім того, Замовник зауважив, що відповідно до Постанови НБУ від 15.12.2004 № 639, **гарантія вважається чинною з дати її видачі, якщо в ній не зазначено інше.** В банківській гарантії № 4942-17Г зазначено, що гарантія вступає в силу з моменту та на умовах встановлених у договорі від 30.08.2017 № Д-4942-17Г та діє по «27» січня 2018 року включно.

У ході розгляду зазначеного питання встановлено наступне.

Згідно з пунктом 3.1 розділу 3 Документації тендерна пропозиція подається в електронному вигляді шляхом заповнення електронних форм з окремими полями, в яких зазначається інформація про ціну, інші критерії оцінки (у разі їх установлення замовником), та завантаження файлів, а саме — забезпечення тендерної пропозиції.

Відповідно до пункту 3.2 розділу 3 Документації вид забезпечення тендерної пропозиції **електронна гарантія, видана банківською установою**. Валютою банківської гарантії є національна валюта України гривня.

Розмір забезпечення тендерної пропозиції: 230 000,00 грн (двісті тридцять тисяч гривень 00 коп).

Строк дії забезпечення тендерної пропозиції: не менше 91 дня з дня кінцевого строку подання тендерних пропозицій.

Банківська гарантія повинна відповідати вимогам Постанови НБУ № 639 від 15.12.2004. Гарантія повинна бути безвідкличною та безумовною.

А також вказані усі необхідні Реквізити Замовника.

Згідно з частиною 3 глави 2 Постанови НБУ № 639 від 15.12.2004 гарантія має містити такі реквізити, зокрема, назву бенефіціара (для бенефіціара фізичної особи — прізвище, ім'я, по батькові), його місцезнаходження або місце проживання (за наявності такої інформації); назву банку бенефіціара — його назву та адресу, SWIFT-код (BIC kod) або номер телекса (зазначається за потребою).

У складі Пропозиції Скаржника міститься банківська гарантія від 28.09.2017 № 4942-17Г, в якій **відсутня назва банку-бенефіціара**, а також **наведена наступна умова: «Ця Гарантія вступає в силу з моменту та на умовах встановлених у договорі від 30.08.2017 № Д-4942-17Г та діє по “27” січня 2018 року включно»**.

Пропозиція Скаржника не містить договору від 30.08.2017 № Д-4942-17Г, на який міститься посилання в банківській гарантії.

Враховуючи вищенаведене, **Пропозиція Скаржника не відповідала наведеним умовам Документації та була правомірно відхилена з підстави, наведеної вище.**

Резюмуємо: замовник чітко передбачив умовами тендерної документації вимоги щодо надання тендерного забезпечення, зокрема: «Банківська гарантія повинна відповідати вимогам Постанови НБУ № 639 від 15.12.2004. Гарантія повинна бути безвідкличною та безумовною». Натомість скаржник у складі своєї пропозиції надав банківську гарантію, яка не відповідає вимогам тендерної документації замовника. Наслідок: тендерна пропозиція не відповідає умовам тендерної документації.

У змісті своєї скарги скаржник цілком розумно зауважує, що «документація не містить вимог про надання будь-яких додаткових відомостей до банківської гарантії (в тому числі,

договорів чи інших правочинів), а правовідносини принципала та гаранта не можуть бути предметом оцінки Замовником та становлять банківську таємницю». Однак справа тут не в договорі між гарантом (банком) та принципалом (учасником), усе набагато простіше: банківська гарантія не відповідає вимогам документації замовника.

Висновок: учасникам необхідно уважно читати тендерну документацію, проте і замовникам необхідно не менш уважно вивчати зміст нормативних документів, на які вони посилаються в умовах своєї тендерної документації, а також уважно порівнювати документи, які складають тендерну пропозицію учасника на відповідність вимогам власної тендерної документації.

Гарантія вважається чинною з дати її видачі, якщо в ній не зазначено інше: судова практика

Наостанок додатково звернемо увагу на судову практику з даного питання. Так, Господарський суд міста Києва встановив (рішення від 08.09.2017 у справі № [910/9996/17](#)), що: «...вимоги до предмета закупівлі визначено у тендерній документації відкритих торгів (оголошення про закупівлю № UA-2016-11-15-001497-а). У п. 3.3 розділу 3 тендерної документації встановлено вимоги до забезпечення тендерної пропозиції. Зокрема, вказано, що забезпечення тендерної пропозиції надається у вигляді банківської гарантії... Забезпечення тендерної пропозиції повинно містити такі істотні умови: назву документа — «Гарантія»; номер, дату та місце складання; термін дії повинен бути не менше ніж 125 календарних днів з дати фактичного кінцевого строку подання пропозицій (включно); тощо. ...за наслідками розгляду тендерних пропозицій тендерним комітетом замовника було встановлено, що пропозиція Товариства з обмеженою відповідальністю «ХХХ» не відповідає умовам тендерної документації, а саме учасником надано тендерне забезпечення (лот 2, 4, 5, 6, 7) у вигляді банківської гарантії № 5847-1-16Г, яка містить положення про те, що гарантія діє на умовах та з моменту, визначеного в договорі про надання гарантії № 5847-1-16Г від 14.12.2016 р., який не надано у складі тендерної документації». У ході розгляду цієї справи господарський суд дійшов висновку: «...стосовно відсутності у відповідача 1 (замовник) з наданих позивачем (учасник закупівлі) документів (банківської гарантії) дійсної можливості встановити строк дії наданого заявником забезпечення, що вказує на невідповідність пропозиції Товариства з обмеженою відповідальністю «ХХХ» умовам тендерної документації, а отже, правомірність та узгодження з приписами ч. 1 ст. 30 Закону України “Про публічні закупівлі” відхилення пропозиції вказаної особи тендерним комітетом замовника».

Також зазначимо, що Київський апеляційний господарський суд дійшов аналогічних висновків та повністю підтримав зазначену позицію суду першої інстанції (постанова від 28.11.2017 у справі № [910/9996/17](#)).

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.
 - «ProZorriy 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.
-