

Види та різниця гарантій у публічних закупівлях. Ризики того чи іншого виду гарантії

Гарантія може бути ефективним механізмом, який «відсіює» ненадійних виконавців договорів та / або компенсує втрати замовника від неналежного виконання договору. Однак для належного використання такого механізму, як гарантія, замовники повинні розуміти, які бувають гарантії, у чому їхні відмінності та як їх законно застосовувати при проведенні публічних закупівель.

Гарантія є одним із видів забезпечення зобов'язань, за яким банк, інша фінансова установа (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку.

Гарантування перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку полягає в тому, що **гарант відповідає перед кредитором за порушення зобов'язання боржником.**

Законодавство передбачає використання гарантії під час публічних закупівель:

як забезпечення тендерної пропозиції / пропозиції;

як забезпечення виконання договору про закупівлю.

Правове регулювання вищевказаних гарантій регулюється статтями 25 та 27 Закону України «[Про публічні закупівлі](#)» (далі — Закон).

Згідно зі статтею 25 Закону замовник має право зазначити в оголошенні про проведення конкурентної процедури закупівлі та в тендерній документації / оголошенні про проведення спрощеної закупівлі вимоги щодо надання забезпечення тендерної пропозиції / пропозиції.

Визначення поняття «забезпечення тендерної пропозиції / пропозиції» передбачене пунктом 10 частини 1 статті 1 Закону, згідно з яким це надання забезпечення виконання зобов'язань учасником перед замовником, що виникли у зв'язку з поданням тендерної пропозиції / пропозиції, у вигляді такого забезпечення, як **гарантія.**

Таким чином, гарантія є єдиним способом забезпечення тендерної пропозиції.

Вимоги до забезпечення тендерної пропозиції затверджені наказом Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України [від 14.12.2020 № 2628](#) (далі —

Вимоги № 2628).

Згідно з пунктом 1 Вимог № 2628 вони визначають обов'язкові вимоги до гарантії, яка надається як забезпечення тендерної пропозиції / пропозиції, передбаченої пунктом 10 частини 1 статті 1 Закону (далі — гарантія), банками, іншими фінансовими установами та страховими організаціями (далі — гарант).

За потреби користуйтеся також прикладом [протоколу відхилення учасника за ненадання забезпечення тендерної пропозиції](#).

Різниця між банківською гарантією, страховою гарантією та гарантією, яка надається іншими фінансовими установами

Виходячи з Вимог № 2628, гарантія (як спосіб забезпечення тендерної пропозиції) за суб'єктом її надання може поділятися на:

банківську гарантію;

страхову гарантію;

гарантію, яка надається іншими фінансовими установами.

Залежно від суб'єкта, який видав гарантію, вона повинна додатково відповідати певним галузевим нормам.

Надання банківської гарантії регулюється [Положенням про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах, затвердженим постановою Правління Національного банку України від 15.12.2004 № 639](#); надання страхової гарантії повинно відповідати профільному [Закону України «Про страхування» від 18.11.2021 № 1909-IX](#) (далі — Закон «Про страхування»); гарантія, яка надається іншими фінансовими установами, повинна надаватися установами, які отримали відповідну ліцензію.

Банки та страховики не повинні отримувати окремих ліцензій та / або дозволів для здійснення діяльності з надання гарантій.

Згідно з частиною 3 статті 47 [Закону України «Про банки і банківську діяльність» від 07.12.2000 № 2121-III](#) банк має право надавати також такі фінансові послуги, як надання гарантій.

Замовник може перевірити наявність банківської ліцензії на сайті Національного банку України за відповідним [посиланням](#).

Згідно з частиною 4 статті 11 [Закону «Про страхування»](#) страховик за наявності ліцензії на здійснення діяльності зі страхування та у випадках, визначених законом, має право надавати фінансову послугу з надання гарантій у порядку, визначеному нормативно-правовими актами Регулятора.

Відповідно до пункту 41 частини 1 статті 1 [Закону «Про страхування»](#) реєстр страховиків (далі — Реєстр) — реєстр, що ведеться Національним банком України у визначеному ним порядку та містить відомості про страховиків, їх відокремлені підрозділи.

Таким чином, замовник може перевірити статус страховика у відкритих реєстрах Національного банку України за відповідним [посиланням](#).

На відміну від банків та страховиків, інші фінансові установи повинні отримувати окрему ліцензію для здійснення такої діяльності, як надання гарантій. Перевірити статус наявності ліцензії для здійснення такої діяльності, як надання гарантій, можна у відкритих реєстрах Національного банку України за відповідним [посиланням](#).

Різниця між банківською гарантією, страховою гарантією та гарантією, яка надається іншими фінансовими установами, не повинна бути суттєвою, оскільки **в будь-якому випадку гарантія повинна відповідати нормам Закону з урахуванням Особливостей та Вимогам № 2628**.

Зазвичай замовники віддають перевагу саме банківській гарантії, враховуючи, що вимоги до діяльності банку суворіші та, відповідно, менша ймовірність невиконання ним своїх зобов'язань.

Згідно з частиною 1 статті 25 Закону у разі, якщо замовник вимагає надання забезпечення тендерної пропозиції / пропозиції, у тендерній документації / оголошенні про проведення спрощеної закупівлі повинні бути зазначені умови його надання, зокрема розмір, строк дії та застереження щодо випадків, коли забезпечення тендерної пропозиції / пропозиції не повертається учаснику. У такому разі учасник під час подання тендерної пропозиції / пропозиції одночасно надає забезпечення тендерної пропозиції / пропозиції.

Розглянемо приклад рішення АМКУ, коли замовник встановив лише один вид забезпечення тендерної пропозиції у вигляді банківської гарантії, чим обмежив можливих учасників у можливості надання іншого виду забезпечення.

Приклад 1

Замовник у тендерній документації по закупівлі [UA-2024-04-17-011762-а](#) зазначив вимогу про надання учасниками забезпечення тендерної пропозиції у формі банківської гарантії у вигляді електронного документа, скріпленого КЕП (кваліфікованим електронним підписом) банку-гаранта.



Учасник оскаржив цю умову тендерної документації.

У рішенні АМКУ від 30.04.2024 № 7655-р/пк-пз Колегія дійшла висновку, що за таких умов взяти участь у процедурі закупівлі зможуть лише ті суб'єкти господарювання, які зможуть надати забезпечення тендерної пропозиції саме у формі банківської гарантії, що є дискримінаційним щодо інших суб'єктів господарювання, у тому числі скаржника.

Частиною 1 статті 5 Закону визначено, що закупівлі здійснюються, зокрема, за принципом недискримінації учасників, відкритості та прозорості на всіх стадіях закупівель.

Згідно з частиною 4 статті 5 Закону замовники не мають права встановлювати жодних дискримінаційних вимог до учасників.

Дії замовника в частині встановлення у документації наведених вище вимог порушують вимоги частини 4 статті 5 та частини 4 статті 22 Закону, якими передбачена недискримінація учасників, а також права та законні інтереси скаржника, пов'язані з його участю у процедурі закупівлі, та принципи недискримінації учасників, відкритості та прозорості на всіх стадіях закупівель, передбачені частиною 1 статті 5 Закону.

Завантажуйте [Форму забезпечення тендерної пропозиції \(з урахуванням Особливостей\)](#).

Різниця між гарантією як способом забезпечення тендерної пропозиції та як способом забезпечення виконання договору про закупівлю

Як зазначалось вище, гарантія у публічних закупівлях може бути не лише **способом забезпечення тендерної пропозиції, а й способом забезпечення виконання договору про закупівлю.**

Згідно з частиною 1 статті 27 Закону замовник має право вимагати від переможця процедури закупівлі / спрощеної закупівлі внесення ним не пізніше дати укладення договору про закупівлю забезпечення виконання такого договору, якщо внесення такого забезпечення передбачено тендерною документацією або в оголошенні про проведення спрощеної закупівлі.

Між гарантією як способом забезпечення тендерної пропозиції та як способом забезпечення виконання договору про закупівлю існує ряд відмінностей, які наведені нижче у таблиці.

Таблиця

	Гарантія як забезпечення тендерної пропозиції	Гарантія як забезпечення виконання договору про закупівлю
На якій стадії надається	під час подання тендерної пропозиції	протягом строку, зазначеного у тендерній документації, але не пізніше дати укладення договору про закупівлю
Хто повинен надавати замовнику	усі учасники	переможець процедури закупівлі
Форма	виключно банківська гарантія, страхова гарантія, гарантія, яка надається іншими фінансовими установами	форма встановлюється замовником у тендерній документації
Розмір	не може перевищувати 0,5 відсотка очікуваної вартості закупівлі у разі проведення тендеру / спрощеної закупівлі на закупівлю робіт та 3 відсотків у разі проведення тендеру / спрощеної закупівлі на закупівлю товарів чи послуг	не може перевищувати 5 відсотків вартості договору про закупівлю
Строк дії	законодавство не містить прямої вказівки на строк дії. Як правило, відповідно до строку дії тендерної пропозиції	законодавство не містить прямої вказівки на строк дії гарантії як забезпечення виконання договору про закупівлю. Як правило, використовується строк дії договору про закупівлю
Умови повернення	<ol style="list-style-type: none"> закінчення строку дії тендерної пропозиції та забезпечення тендерної пропозиції / пропозиції, зазначеного в тендерній документації / оголошенні про проведення спрощеної закупівлі; укладення договору про закупівлю з учасником, який став переможцем процедури закупівлі (крім переговорної процедури закупівлі) / спрощеної закупівлі; відкликання тендерної пропозиції / пропозиції до закінчення строку її подання; закінчення тендеру / спрощеної закупівлі в разі неукладення договору про закупівлю з жодним з учасників, які подали тендерні пропозиції / пропозиції 	<ol style="list-style-type: none"> після виконання переможцем процедури закупівлі / спрощеної закупівлі договору про закупівлю; за рішенням суду щодо повернення забезпечення договору у випадку визнання результатів процедури закупівлі / спрощеної закупівлі недійсними або договору про закупівлю нікчемним; у випадках, передбачених статтею 43 цього Закону (нікчемність договору); згідно з умовами, зазначеними в договорі про закупівлю, але не пізніше ніж протягом п'яти банківських днів з дня настання зазначених обставин

Наслідки ненадання	замовник відхиляє тендерну пропозицію із зазначенням аргументації в електронній системі закупівель на підставі підпункту 1 пункту 44 Особливостей	замовник відхиляє тендерну пропозицію із зазначенням аргументації в електронній системі закупівель на підставі підпункту 3 пункту 44 Особливостей
Наслідки надання гарантії з недоліками	замовник повинен надати строк на усунення недоліків	якщо учасник у строк надання, передбачений у тендерній документації, не усунув недоліки, замовник відхиляє тендерну пропозицію із зазначенням аргументації в електронній системі закупівель на підставі підпункту 3 пункту 44 Особливостей. Замовник не зобов'язаний повідомляти про недоліки до прийняття рішення про відхилення

Варто зазначити, що законодавство не забороняє одночасного використання замовником вимог про забезпечення тендерної пропозиції та про забезпечення виконання договору про закупівлю, проте надмірна кількість вимог до учасників закупівлі може призвести до зменшення конкуренції та підвищення вартості закупівлі.

Ознайомтесь також із [прикладом розділу в договорі по ЗПП щодо забезпечення виконання договору](#).

Ризики гарантії

Учасники публічних закупівель, як суб'єкти господарювання, при замовленні послуг з надання гарантії зацікавлені в мінімальній вартості таких послуг. Замовникам слід уважно досліджувати зміст та форму гарантій, для того щоб гарант дійсно виплатив суму, яка передбачена у гарантії.

У тендерній документації слід чітко зазначити умови надання гарантії, також доречно зазначити, що форма гарантії повинна відповідати Вимогам № 2628 з урахуванням вимог [Особливостей](#).

Типовими вимогами для гарантії у публічних закупівлях є те, що така гарантія повинна бути безумовною та безвідкличною, що покликано унеможливити внесення до змісту гарантії додаткових вимог до замовника для отримання коштів, таких як надання певних довідок, претензій, актів, рішень суду як умови виплати коштів.

При цьому дублювання умов Вимог № 2628 до вимоги бенефіціара (замовника) про сплату гарантійної суми не впливає на безумовність гарантії.

Приклад 2



Відповідно до рішення Київського окружного адміністративного суду від 29.11.2023 у справі № 320/43925/23 (яке залишене без змін постановою Шостого апеляційного адміністративного суду від 06.12.2023 у справі № 320/43925/23) ТОВ «Т» зазначало, що у складі тендерної пропозиції ним надана банківська гарантія № 0GO23B407/К від 09.11.2023, пунктом 3 якої передбачено таке:

«За цією гарантією гарант безвідклично та безумовно зобов'язаний сплатити бенефіціару гарантійну суму єдиним платежем протягом 5 банківських днів з дня отримання вимог бенефіціара (далі — вимога) без подання будь-яких інших документів або виконання будь-яких інших умов.

Вимога надається бенефіціаром на поштову адресу гаранта та повинна бути отримана ним протягом строку дії гарантії. Вимога може бути передана через банк бенефіціара, який підтвердить автентичним SWIFT-повідомленням на SWIFT-адресу гаранта достовірність підписів та печатки бенефіціара (у разі наявності) на вимозі та повноваження особи (осіб), що підписала(и) вимогу (у разі, якщо гарантом є банк). Вимога повинна супроводжуватися копіями документів, засвідчених бенефіціаром та скріплених печаткою бенефіціара (у разі наявності), що підтверджують повноваження особи (осіб), що підписала(и) вимогу.

Таким чином, надана банківська гарантія ТОВ „Т“ № 0GO23B407/ К від 09.11.2023 не відповідає вимогам пункту 9.5 розділу 9 Оголошення про проведення спрощеної закупівлі, оскільки містить умову про необхідність дотримання додаткових умов».

Суд не погодився з доводами позивача та зазначив, що вимоги форми і вимоги до забезпечення тендерної пропозиції / пропозиції встановлені Наказом № 2628, у пункті 1 якого зазначено, що ці вимоги визначають обов'язкові вимоги до гарантії, яка надається як забезпечення тендерної пропозиції / пропозиції, передбаченої пунктом 10 частини 1 статті 1 Закону, банками, іншими фінансовими установами та страховими організаціями.

Так, пунктом 8 зазначеного наказу визначено, що зміни до гарантії можуть бути внесені в порядку, передбаченому законодавством України, після чого вони стають невід'ємною частиною цієї гарантії.

Таким чином, положення банківської гарантії повністю дублюють вимоги оголошення, зазначені у пункті 9.5 оголошення, вона є безумовною та безвідкличною та не містить додаткових умов щодо надання будь-яких інших документів, листів або інших документів, у т. ч. третіми особами, що підтверджують факт настання гарантійного випадку.

Висновок

У публічних закупівлях гарантія є способом забезпечення тендерної пропозиції та / або способом забезпечення виконання договору. Між гарантією як способом забезпечення тендерної пропозиції та як способом забезпечення виконання договору про закупівлю існує ряд відмінностей.

Гарантія може бути ефективним способом забезпечення тендерної пропозиції та виконання договору, який буде сприяти належному виконанню своїх обов'язків, для чого замовникам слід детально прописувати в тендерній документації умови гарантії та слідкувати за їх змістом і формою.

Також на порталі RADNUK.COM.UA уже опубліковані такі матеріали щодо цієї теми:

[«Усе, що треба знати про \(не\)повернення забезпечення виконання договору про закупівлю»;](#)

[«Банківська гарантія в публічних закупівлях: поради від редакції Радник»;](#)

[«Особливості встановлення забезпечення виконання договору про закупівлю».](#)