

Чи можна вимагати забезпечення в ЗПП до моменту укладення договору

Чи можна вимагати забезпечення виконання договору про закупівлю в запиті пропозицій постачальників до моменту його укладення? Що робити в разі ненадання забезпечення виконання договору про закупівлю в ЗПП? Розглянемо далі.

З 19.10.2022 на період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування замовники, що зобов'язані здійснювати публічні закупівлі товарів, робіт і послуг відповідно до Закону України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон), проводять закупівлі відповідно до Особливостей, затверджених постановою Кабінету Міністрів України [від 12.10.2022 № 1178](#) (із змінами) (далі — Особливості), які прийняті на виконання вимог Закону.

Згідно з положеннями пункту 17 Особливостей договір про закупівлю за результатами проведеної закупівлі згідно з пунктами 10 і 13 Особливостей укладається відповідно до Цивільного і Господарського кодексів України з урахуванням положень статті 41 Закону, крім частин другої - п'ятої, сьомої - дев'ятої статті 41 Закону та Особливостей.

Відповідно до пункту 10 Особливостей замовники, у тому числі централізовані закупівельні організації, здійснюють закупівлі товарів і послуг (крім послуг з поточного ремонту, предмет закупівлі яких визначається відповідно до пункту 3 розділу II Порядку визначення предмета закупівлі, затвердженого наказом Мінекономіки від 15.04.2020 № 708 (далі — послуги 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, шляхом застосування відкритих торгів у порядку, визначеному цими особливостями, та/або шляхом використання електронного каталогу для закупівлі товару відповідно до порядку, встановленого постановою Кабінету Міністрів України від 14.09.2020 № [822](#) «Про затвердження Порядку формування та використання електронного каталогу» (далі — Порядок), з урахуванням положень, визначених цими особливостями.

Відповідно до пункту 56 Порядку замовник здійснює відбір постачальника шляхом запиту пропозицій постачальників. Виходячи з пункту 57 Порядку, запит пропозицій постачальників не повинен містити вимог до постачальника та інших документів, які не передбачені цим Порядком. Запит пропозицій постачальників повинен містити проект договору з обов'язковим зазначенням підстав та у разі потреби із зазначенням порядку змін його умов. Проект договору не повинен містити характеристики товару, що не визначені запитом пропозицій постачальників з урахуванням положень абзацу другого цього пункту.

При цьому згідно з пунктом 2 Порядку постачальник — учасник, якого внесено до переліку кваліфікованих постачальників та який має право доступу до електронного каталогу відповідно до вимог, установлених цим Порядком, а переможець відбору — постачальник, пропозиція якого визначена економічно вигідною за результатами здійсненого замовником запиту пропозицій постачальників в електронному каталозі.

Отже, договір, укладений за результатами запиту пропозицій постачальників в «[понадпорогових межах](#)», є договором про закупівлю, на який поширюються норми пунктів 17, 19 Особливостей.

При цьому частиною першою статті 546 Цивільного кодексу України визначені види забезпечення виконання зобов'язання, до яких відносяться: неустойка, порука, гарантія, застава, притримання, завдаток та право довірчої власності.

Згідно з частиною першою статті 560 Цивільного кодексу України за гарантією банк, інша фінансова установа, страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку.

З огляду на викладене, у відповіді на запит Мінекономіки № [839/2023](#) повідомляє, що **замовник може при проведенні запиту** пропозицій постачальників **передбачити в проєкті договору** про закупівлю щодо переможця **забезпечення виконання зобов'язання** за договором про закупівлю у вигляді / формі банківської гарантії.

[Зразок розділу в договорі по ЗПП щодо забезпечення виконання договору.](#)

Ненадання забезпечення до укладення договору за наявності вимоги в договорі

Наразі замовник має не великий, але вичерпний перелік підстав для відхилення, що встановлено в пункті 64 Порядку, а саме коли постачальник:

не підписав договір у строк, визначений абзацом першим пункту 66 цього Порядку;

письмово відмовився від укладення договору на умовах, визначених замовником у запиті пропозицій постачальників, зокрема у проєкті договору, що є складовою частиною запиту пропозицій постачальників;

пропонує товар походженням з Російської Федерації / Республіки Білорусь.

Якщо замовник в проєкті договору встановив, що переможець до укладення цього договору про закупівлю надає забезпечення його виконання, то в разі відсутності такого забезпечення замовник просто не може підписати договір зі своєї сторони.

Відповідно до підпункту 1 пункту 64 Порядку замовник відхиляє пропозицію переможця

відбору, якщо постачальник *не підписав договір у строк*, визначений абзацом першим пункту 66 цього Порядку, а саме замовник укладає договір з переможцем відбору не пізніше ніж через **п'ять** календарних днів з дня визначення електронною системою закупівель постачальника переможцем відбору.

Тобто у разі ненадання забезпечення до укладення договору за наявності вимоги в договорі замовник не може підписати такий договір, а відхиляє пропозицію переможця відбору після спливу строку на підписання такого договору ([Протокол відхилення переможця відбору у разі непідписання договору у строк, визначений Порядком № 822 \(пп. 1 п. 64 Порядку\)](#)).

Не надано забезпечення в ЗПП після укладення договору

Відповідно до пункту 66 Порядку умови договору не можуть відрізнятися від умов, визначених замовником у запиті пропозицій постачальників, зокрема у проєкті договору, що є складовою частиною запиту пропозицій постачальників, та/або пропозиції переможця відбору, крім випадку зменшення ціни договору без зміни обсягу.

Відповідно до статті 610 ЦКУ порушенням зобов'язання є його невиконання або виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання (неналежне виконання). Частиною першою статті 611 ЦКУ визначено, що в разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом, **зокрема припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором** або законом, або розірвання договору, зміна умов зобов'язання, сплата неустойки, відшкодування збитків та моральної шкоди.

Отже, істотним є таке порушення, що тягне за собою для іншої сторони неможливість досягнення мети договору, тобто, вирішуючи питання про оцінку істотності порушення стороною договору, слід встановити: наявність істотного порушення договору та шкоди, завданої цим порушенням другою стороною, яка може полягати в реальних збитках і (або) упущеній вигоді; її розмірі, а також чи є істотною різниця між тим, на що має право розраховувати сторона, укладаючи договір, і тим, що вона змогла отримати (постанова Касаційного цивільного суду у складі Верховного Суду від 09.12.2020 у справі № 199/3846/19).

Тому ненадання забезпечення після укладення договору про закупівлю за умови наявності такої вимоги безпосередньо в цьому договорі буде вважатись невиконанням його умов та, відповідно, може мати наслідок — розірвання договору та накладення відповідних штрафних санкцій, що передбачені таким договором про закупівлю.

Висновки

Уповноваженим особам ще на етапі підготовки проєкту договору про закупівлю варто приділити окрему увагу формуванню умов, що регулюють порядок надання забезпечення виконання договору про закупівлю, зокрема коли саме постачальник повинен надати забезпечення — до укладення договору про закупівлю чи після.

Рекомендуємо вимагати забезпечення виконання договору про закупівлю в ЗПП саме «до» укладення договору про закупівлю, оскільки в такому випадку уповноважена особа матиме шанс відхилити переможця, який не надав забезпечення, та укласти договір з наступним постачальником — переможцем відбору, що визначений автоматично електронною системою та пропозиція якого є наступною економічно вигідною.

У разі ненадання забезпечення до укладення договору про закупівлю за наявності відповідних вимог у договорі замовник не може підписати такий договір, а тому відхиляє пропозицію переможця відбору після спливу строку на підписання такого договору ([Протокол відхилення переможця відбору у разі непідписання договору у строк, визначений Порядком № 822 \(пп. 1 п. 64 Порядку\)](#)).

Читайте також:

[«Товари, що повинні закуповуватись через каталог Прозорро Маркет»;](#)

[«На склад надійшов не той товар: як правильно діяти замовнику, аби убезпечити себе від неприємностей».](#)