

(Не)правомірність умов щодо забезпечення виконання договору: практика АМКУ

Пунктом 9 частини 1 статті 1 Закону України «Про публічні закупівлі» від 25.12.2015 № 922-VIII (далі — Закон) встановлено термін забезпечення виконання договору про закупівлю — надання забезпечення виконання зобов'язань учасником перед замовником за договором про закупівлю.

Під час встановлення вимог щодо такого забезпечення замовник керується приписами статті 27 Закону та глави 94 Цивільного кодексу України (далі — ЦКУ).

За частиною 1 статті 548 ЦКУ виконання зобов'язання (основного зобов'язання) забезпечується, якщо це встановлено договором або законом.

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.

Відповідно до пункту 16 частини 2 статті 22 Закону у тендерній документації зазначаються розмір, вид, строк та умови надання, повернення та неповернення забезпечення виконання договору про закупівлю, якщо замовник має намір вимагати надання такого забезпечення.

Частиною 1 статті 546 ЦКУ передбачено, що виконання зобов'язання може забезпечуватися неустойкою, порукою, гарантією, заставою, притриманням, завдатком, правом довірчої власності.

Частиною 2 статті 27 Закону встановлено вичерпний перелік підстав повернення такого забезпечення.

Варто також зазначити, що відповідно до 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), під час здійснення публічної закупівлі відповідно до Особливостей замовники застосовують положення статті 27 Закону з урахуванням положень пункту 21 Особливостей.

Здавалося б, наведені норми містять незначний обсяг умов. Водночас замовники доволі часто припускаються помилок при встановленні вимог щодо забезпечення виконання договору про закупівлю.

У цій публікації розглянемо рішення Комісії Антимонопольного комітету України з розгляду

скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі — Комісія), предметом яких було оскарження вимог тендерної документації, що стосуються забезпечення виконання договору.



Рішення Комісії від 21.10.2024 № 17152-р/пк-пз, закупівля № [UA-2024-10-04-009623-a](#)

Обставини розгляду скарги

Умовами тендерної документації замовник визначив строк дії забезпечення виконання договору про закупівлю у вигляді банківської гарантії, який повинен розпочинатися з дня укладання такого договору та обов'язково повинен перевищувати строк дії договору не менше ніж на один календарний місяць.

Позиція скаржника

Вважаючи наведену вимогу необґрунтованою та безпідставною, скаржник просив Комісію зобов'язати замовника внести зміни до тендерної документації. Скаржник зазначив, що умови щодо строку дії забезпечення договору протягом строку, який перевищує строк дії договору, не відповідають чинному законодавству, а також принципу розумності зобов'язань. Посилаючись на приписи [статті 27 Закону](#) та [статей 560 і 631 ЦКУ](#), також наголосив, що виконання постачальником договору про закупівлю має відбутись саме у межах строку дії договору, а не протягом одного місяця після спливу цього строку. Тобто строк дії забезпечення виконання зобов'язань не узгоджується зі строком дії договору.

Позиція Комісії

Взявши до уваги приписи [частини 2 статті 27 Закону](#), Комісія наголосила, що положеннями Закону не передбачено повернення забезпечення виконання договору про закупівлю пізніше, ніж через 1 (один) календарний місяць після закінчення строку дії договору. Встановивши наведені умови в документації, замовник порушив положення законодавства в цій частині. Таким чином, Комісія дійшла висновку, що замовник повинен усунути наведені вище невідповідності шляхом внесення відповідних змін до документації.



Рішення Комісії від 12.09.2024 № 15203-р/пк-пз, закупівля
№ [UA-2024-08-30-007512-a](#).

Обставини розгляду скарги

У тендерній документації замовник встановив вимоги до забезпечення виконання договору, згідно з якими договір про надання забезпечення виконання договору про закупівлю укладається між замовником та переможцем процедури закупівлі протягом 10 календарних днів з дня оприлюднення повідомлення про намір укласти договір про закупівлю.

Позиція скаржника

Вважаючи наведену вимогу дискримінаційною, необґрунтованою та безпідставною, скаржник просив Комісію зобов'язати замовника внести зміни до тендерної документації. Скаржник наголосив, що така вимога протирічить Закону в частині строків підписання договору з переможцем закупівлі, а саме скорочує ці строки. Згідно з вимогами документації у переможця буде лише 10 днів на підписання договору про забезпечення, хоча переможець має законні 15 днів на можливу відмову від підписання договору про постачання чи можливість подовжити строк на укладання договору про постачання до 60 днів. Але якщо підписати договір про забезпечення протягом 10 днів, то всі інші законні права та можливості переможця стають недіючими, що протирічить вимогам Закону.

Позиція Комісії

Проаналізувавши оскаржувану вимогу тендерної документації та взявши до уваги приписи статті 27 Закону і [пункту 49 Особливостей](#), Комісія дійшла висновку, що вимога щодо строку підписання забезпечення виконання договору не узгоджується з Законом та Особливостями, а тому замовник повинен усунути наведені невідповідності шляхом внесення відповідних змін до документації.



Рішення Комісії від 18.03.2024 № 4848-р/пк-пз, закупівля № [UA-2024-03-01-007129-а](#).

Обставини розгляду скарги

У тендерній документації замовник встановив вимоги до забезпечення виконання договору, в тому числі вимоги щодо неповернення забезпечення, а саме через недотримання учасником вимог щодо якості та строків надання послуг за договором, з підстав, не пов'язаних з порушенням замовником умов такого договору. Факт недотримання виконавцем вимог щодо якості послуг підтверджується замовником та відповідними державними органами. Порушенням строків надання послуг будуть вважатися дії / бездіяльність виконавця, що не відповідають умовам договору. Порушенням якості надання послуг буде вважатись невиконання виконавцем умов, викладених у технічній специфікації тендерної документації та проєкті договору.

Позиція скаржника

Вважаючи наведену вимогу дискримінаційною, необґрунтованою та безпідставною, скаржник просив Комісію зобов'язати замовника внести зміни до тендерної документації. Скаржник наголосив, що при складанні оскаржуваних умов замовник не дотримався вимог Закону та зловжив своїм правом на визначення умов неповернення забезпечення виконання договору, установивши дискримінаційні антиконкурентні вимоги. За таких обставин скаржник не може сформулювати тендерну пропозицію відповідно до умов тендерної документації, адже не має визначеності щодо того, які ризики слід включити в ціну пропозиції.

Позиція Комісії

Проаналізувавши оскаржувану вимогу тендерної документації, Комісія зауважила, що документація не містить переліку випадків невиконання / неналежного виконання учасником договору про надання послуг. Посилаючись на припис [пункту 16 частини 2 статті 22 Закону](#), Комісія дійшла висновку, що оскаржувані положення документації в частині умов повернення та неповернення забезпечення виконання договору про

закупівлю не узгоджуються з вимогами законодавства, а тому замовник повинен усунути наведені невідповідності шляхом внесення відповідних змін до документації.



Рішення Комісії від 26.08.2024 № 14297-р/пк-пз, закупівля № [UA-2024-08-08-006870-a](#).

Обставини розгляду скарги

У тендерній документації замовник встановив вимоги до забезпечення виконання договору. У цих вимогах замовник передбачив, що він повертає забезпечення виконання договору про закупівлю, **зокрема, у випадках, передбачених [пунктом 21 Особливостей](#)**.

Позиція скаржника

Вважаючи наведені умови документації необґрунтованими та безпідставними, скаржник просив Комісію зобов'язати замовника внести зміни до тендерної документації. Скаржник зазначив, що умови документації в частині наведених вимог не узгоджуються між собою. Також вимоги до підстав повернення забезпечення виконання договору, наведені в проєкті договору, не узгоджуються зі [статтею 27 Закону](#) з урахуванням положень [пункту 21 Особливостей](#).

Позиція Комісії

Виходячи з припису [пункту 3 частини 2 статті 27 Закону](#), згідно з яким замовник повертає забезпечення виконання договору про закупівлю, **зокрема, у випадках, передбачених [статтею 43 Закону](#)**, Комісія дійшла висновку, що оскаржувана вимога документації в частині «у випадках, передбачених [пунктом 21 Особливостей](#)» не узгоджується з вимогами Закону, а тому замовник повинен усунути наведені невідповідності шляхом внесення відповідних змін до документації.

Коментар

З аналізу цих рішень органу оскарження в черговий раз впливає висновок, що не варто зазначати вимог інших, ніж визначені законом. У будь-якому випадку потрібно вимоги тендерної документації узгоджувати з вимогами чинного законодавства.

Замовники можуть скористатись [взірцем тендерної документації за Особливостями](#) порталу [RADNUK.COM.UA](https://radnuk.com.ua), у якому, зокрема, викладено вимоги щодо забезпечення виконання договору згідно із чинним законодавством.

Своєю чергою, закупівельники можуть не погодитись з позицією АМКУ, викладеною в останньому опрацьованому рішенні, адже [пунктом 21 Особливостей](#) визначено випадки, коли договір про закупівлю вважатиметься нікчемним. Наведений пункт, по суті, замінив положення [статті 43 Закону](#). Крім того, норма [пункту 3 Особливостей](#) чітко визначає, що під час здійснення публічної закупівлі відповідно до Особливостей замовники застосовують положення [статті 27 Закону](#) з урахуванням положень пункту 21 Особливостей.

Читайте також публікації:

[«Позиція АМКУ щодо змісту повідомлення з вимогою про усунення невідповідностей»;](#)

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

[«Мінекономіки про встановлення забезпечення виконання договору в ЗПП».](#)