

# Застосування статті 16 Закону України «Про публічні закупівлі» у переговорній процедурі закупівлі

*Нова редакція [Закону України «Про публічні закупівлі»](#) (далі – Закон про публічні закупівлі, Закон) містить чимало нововведень в частині проведення переговорної процедури закупівель. У тому числі – і щодо застосування під час переговорів положень статті 16 Закону, що визначає, відповідно, перелік допустимих кваліфікаційних вимог для учасників процедури закупівлі, зокрема – в переговорах. Що змінилося і як правильно діяти – з'ясуємо разом у цій статті.*

У редакції Закону про публічні закупівлі, що діяла до 18.04.2020 включно, прямо вказано, що замовник під час проведення переговорів вимагає від учасника подання ним документально підтвердженої інформації про відповідність учасника кваліфікаційним вимогам відповідно до статті 16 цього Закону (частина 3 статті 16, частина 1 статті 35 Закону).

Однак, **до нової редакції Закону, що введена в дію з 19.04.2020, ця норма перенесена не була.** Разом з тим, частина 1 статті 16 Закону у чинній редакції, яка, до речі, структурно розташована у розділі III «Загальні умови здійснення закупівлі», зміни практично не зазнала і звучить так: **«Замовник вимагає від учасників процедури закупівлі подання ними документально підтвердженої інформації про їх відповідність кваліфікаційним критеріям».**

У свою чергу поняття «учасник процедури закупівлі» відповідно до пункту 37 частини 1 статті 1 Закону про публічні закупівлі охоплює і осіб, що взяли участь у переговорах у разі застосування переговорної процедури закупівлі. Інакше кажучи, загальна норма статті 16 Закону формально поширюється і на переговорну процедуру закупівлі, однак у спеціальній нормі статті 40 Закону про застосування кваліфікаційних критеріїв не згадується. Тож як бути: виставляти бодай один кваліфікаційний критерій, чи взагалі обійтися без кваліфікаційних вимог?

Вважаємо, що у даному випадку має місце конкуренція норм права, яку слід вирішувати за правилом переваги спеціальної норми над загальною (лат. «Lex specialis derogat generali»), а отже слід **віддати перевагу положенням статті 40 Закону про публічні закупівлі, яка визначає саме особливості переговорної процедури закупівлі як різновиду процедур закупівель.**

Зауважимо, що такого ж висновку дійшло і Мінекономіки у відповіді на запит № [725/2020](#). У ній зазначено: «...Законом **не передбачено обов'язку замовника вимагати від учасників переговорної процедури закупівлі надання ними документально підтвердженої інформації про їх відповідність кваліфікаційним**

**критеріям відповідно до статті 16 Закону.** Водночас під час запрошення для участі у переговорній процедурі закупівлі **замовник може встановлювати необхідні вимоги стосовно спроможності учасника (учасників) виконати роботи, надати послуги, поставити товар.** Наприклад, в частині наявності техніки, обладнання, працівників, досвіду, фінансової спроможності тощо».

Гарна новина для закупівельної громади: **з 19.04.2020 замовники не зобов'язані застосовувати статтю 16 Закону про публічні закупівлі при проведенні переговорної процедури, за винятком процедур, оголошених на підставі пункту 1 частини 2 статті 40 Закону,** тобто у разі, якщо було двічі відмінено процедуру відкритих торгів, у тому числі частково (за лотом), через відсутність достатньої кількості тендерних пропозицій, визначеної цим Законом. У такому випадку предмет закупівлі, його технічні та якісні характеристики, а також **вимоги до учасника процедури закупівлі не повинні відрізнятися від вимог, що були визначені замовником у тендерній документації.** Зверніть увагу: поняття «вимоги» у даному випадку охоплює як кваліфікаційні критерії, передбачені тендерною документацією відповідно до статті 16 Закону, так і інші вимоги, що висувалися до учасника (напр., наявність дозволу чи ліцензії).

Окремо слід зупинитися на праві замовників встановлювати вимоги, у тому числі і кваліфікаційні критерії, до учасників під час проведення переговорів, на яке звернуло увагу Мінекономіки у згаданій вище відповіді на запит № 725/2020:

Це право не застосовується у разі проведення переговорів на підставі пункту 1 частини 2 статті 40 Закону – як вже зазначалося, у цьому випадку замовник повинен установити точнісінько ті самі вимоги до учасника, що були у двох відмінених тендерах.

Не радимо замовникам трактувати відповідь Мінекономіки буквально як можливість установити будь-які вимоги до учасників: у цьому випадку фантазію замовника слід обмежити положеннями статей 16 і 22 Закону, а також принципами недискримінації і рівного ставлення до учасників.

Інакше кажучи, **під час проведення переговорів замовнику не слід висувати до учасників вимоги, на які б він не наважився при проведенні торгів і обґрунтованість яких не зможе довести** у разі подання скарги до Органу оскарження.

Також у новій редакції статті 40 Закону з'явилися абсолютно нові підстави для проведення переговорної процедури, які дозволяють замовнику провести переговори у разі:

розірвання договору про закупівлю з вини учасника – на строк, достатній для проведення тендера, в обсязі, що не перевищує 20 відсотків суми, визначеної в договорі про закупівлю, який розірваний з вини такого учасника. Застосування переговорної процедури закупівлі в такому випадку здійснюється за рішенням

замовника щодо кожного тендера;

оскарження прийнятих рішень, дій чи бездіяльності замовника щодо триваючого тендера після оцінки тендерних пропозицій учасників, – в обсязі, що не перевищує 20 відсотків від очікуваної вартості тендера, що оскаржується.

**Закон**, створивши механізм для безперервного забезпечення потреб замовника на випадок раптового розірвання чинних договорів або блокування тендеру, **не встановив обов'язку застосовувати** у цих випадках **кваліфікаційні критерії** чи інших конкретно визначених вимог.

Тим більш неочікуваною може виявитися для замовників позиція контролюючих органів, які, за аналогією з пунктом 1 частини 2 статті 40 Закону, цілком можуть стверджувати, що і в цих випадках до учасника переговорної процедури мають бути висунуті ті самі вимоги, які висувалися відповідно у тендері, договір за результатами якого було розірвано з вини учасника, чи триваючому тендері, що оскаржуються. І хоча позиція контролюючих органів у цьому випадку не ґрунтуватиметься на законі, для уникнення конфліктних ситуацій **радимо замовникам при проведенні переговорів на підставі абзаців 4 або 5 пункту 3 частини 2 статті 40 Закону враховувати ті вимоги до учасників, які були визначені при проведенні відповідних тендерів.**

## Висновки

З 19.04.2020 замовники не зобов'язані застосовувати статтю 16 Закону про публічні закупівлі при проведенні переговорної процедури, за винятком процедур, оголошених на підставі пункту 1 частини 2 статті 40 Закону, тобто у разі, якщо було двічі відмінено процедуру відкритих торгів, у тому числі частково (за лотом), через відсутність достатньої кількості тендерних пропозицій, визначеної цим Законом. У такому випадку предмет закупівлі, його технічні та якісні характеристики, а також вимоги до учасника процедури закупівлі не повинні відрізнятися від вимог, що були визначені замовником у тендерній документації.

Під час проведення переговорної процедури закупівлі (крім випадку, передбаченого пунктом 1 частини 2 статті 40 Закону) замовник може встановлювати необхідні вимоги стосовно спроможності учасника (учасників) виконати роботи, надати послуги, поставити товар, наприклад, в частині наявності техніки, обладнання, працівників, досвіду, фінансової спроможності тощо.

При проведенні переговорної процедури закупівель на підставі абзаців 4 або 5 пункту 3 частини 2 статті 40 Закону замовникам доцільно враховувати ті вимоги до учасників, які були визначені при проведенні відповідно тендера, договір за результатами якого було розірвано з вини учасника, чи триваючого тендера, що

оскаржуються.

Для більш повного розуміння законного застосування переговорної процедури читайте на порталі RADNUK.COM.UA статтю «Застосування статті 17 Закону України «Про публічні закупівлі» у переговорній процедурі»