

Застосування переговорної процедури закупівлі, якщо тендер відмінено двічі

Мабуть, переговорна процедура закупівлі від її «народження» в нормативному полі закупівельного законодавства є найулюбленішою процедурою всіх замовників. У даній статті редакція журналу пропонує читачам зупинитися детальніше на особливостях, що супроводжують застосування такого виду процедури закупівель як переговорна процедура закупівлі, а саме у випадку, якщо тендер відмінено двічі.

З того часу, як Закон України «Про публічні закупівлі» від 25.12.2015 № 922-VIII (далі — Закон, Закон про публічні закупівлі) набув чинності, Закон встановлює правові та економічні засади здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для забезпечення потреб держави і територіальної громади.

Згідно з частиною 1 статті 35 Закону, **переговорна процедура закупівлі** — це процедура, що використовується замовником як виняток і відповідно до якої замовник укладає договір про закупівлю з учасником після проведення переговорів з одним або кількома учасниками. Переговорну процедуру закупівлі замовник застосовує як виняток у разі наявності підстав, визначених у частині 2 статті 35 Закону.

Умова застосування переговорної процедури закупівлі

Відповідно до пункту 4 частини 2 статті 35 Закону **переговорна процедура закупівлі застосовується замовником як виняток у разі, якщо замовником було двічі відмінено тендер через відсутність достатньої кількості учасників, при цьому предмет закупівлі, його технічні та якісні характеристики, а також вимоги до учасника не повинні відрізнятися від вимог, що були визначені замовником у тендерній документації.**

Відповідно до пункту 28 частини 1 статті 1 Закону тендер (торги) — здійснення конкурентного відбору учасників з метою визначення переможця торгів згідно з процедурами, установленими цим Законом (крім переговорної процедури закупівлі). Отже, замовник може застосувати підставу, передбачену пунктом 4 частини 2 статті 35 Закону у випадку, якщо він двічі відмінив торги, проведені відповідно до вимог Закону про публічні закупівлі.

При цьому **виключною підставою для відміни торгів першого разу та вдруге є застосування норми абзацу п'ятого частини 1 статті 31 Закону про публічні закупівлі, а саме: подання для участі в них менше двох тендерних пропозицій.** Таким чином, пунктом 4 частини 2 статті 35 Закону **не передбачено випадку застосування переговорної процедури, якщо торги відмінено частково (за лотом).**

Обираючи умовою для застосування переговорної процедури закупівлі пункт 4 частини 2

статті 35 Закону, замовник зобов'язаний дотриматися таких вимог Закону:

предмет закупівлі не повинен відрізнятися від предмета закупівлі, який замовник визначив у тендерній документації;

технічні та якісні характеристики предмета закупівлі не повинні відрізнятися від технічних та якісних характеристик предмета закупівлі, які замовник визначив у тендерній документації;

вимоги до учасника не повинні відрізнятися від вимог, які замовник визначив у тендерній документації.

Зупинимось на цьому детальніше.

По-перше, з пунктами першим та другим у замовника не повинно виникати проблем, оскільки все, що йому необхідно зробити, — це відслідкувати, аби інформація про предмет закупівлі під час проведення неуспішних перших торгів, других торгів та (як наслідок) переговорної процедури — збігалася.

По-друге, технічні та якісні характеристики предмета закупівлі (інформацію про які містила тендерна документація, затверджена замовником) для проведення торгів першого разу повинні відповідати інформації про такі параметри, яку містить тендерна документація, затверджена замовником для проведення торгів удруге. Аналогічну інформацію про технічні та якісні характеристики предмета закупівлі замовник вимагає і під час застосування переговорної процедури закупівлі на підставах, зазначених у пункті 4 частини 2 статті 35 Закону.

По-третє, вимоги до учасника переговорної процедури закупівлі мають бути аналогічними як у тендерній документації для перших торгів, так і в тендерній документації для проведення торгів удруге. Ці самі вимоги замовник визначає для учасника при проведенні переговорної процедури закупівлі, підставою для застосування якої є відміна двох торгів. Аби визначитися, про які саме вимоги йдеться, звернемося до статті 22 Закону. Відповідно до пункту 2 частини 2 статті 22 Закону тендерна документація повинна містити один або декілька кваліфікаційних критеріїв до учасників відповідно до статті 16, вимоги, встановлені статтею 17 цього Закону, та інформацію про спосіб підтвердження відповідності учасників установленим критеріям і вимогам згідно із законодавством. Замовник не вимагає документального підтвердження інформації про відповідність вимогам статті 17 у разі, якщо така інформація міститься у відкритих єдиних державних реєстрах, доступ до яких є вільним.

Особливості встановлення вимог до учасника

переговорної процедури закупівлі

Відповідно до абзацу другого частини 1 статті 35 Закону замовник під час проведення переговорів вимагає від учасника подання ним підтвердженої документально інформації про відповідність учасника кваліфікаційним вимогам відповідно до статті 16 цього Закону.

Проте Закон не містить прямих вказівок щодо подання учасником під час проведення переговорів документально підтвердженої інформації про його відповідність вимогам статті 17 цього Закону.

Абзацом першим частини 1 статті 17 Закону передбачено, що замовник приймає рішення про відмову учасникові в участі у процедурі закупівлі та зобов'язаний відхилити тендерну пропозицію учасника. Далі в даній статті наведено перелік обставин, виходячи зі змісту яких замовник прийматиме рішення щодо подальшої участі учасника в процедурі закупівлі.

Звернемось до термінології.

Учасник процедури закупівлі — фізична особа, у тому числі фізична особа-підприємець, юридична особа (резидент або нерезидент), яка подала тендерну пропозицію або взяла участь у переговорах у разі застосування переговорної процедури закупівлі (відповідно до пункту 35 частини 1 статті 1 Закону).

Предмет закупівлі — товари, роботи чи послуги, які замовник закуповує в межах єдиної процедури закупівлі, щодо яких учасникам дозволяється подавати тендерні пропозиції або пропозиції на переговорах (у разі застосування переговорної процедури закупівлі) (відповідно до пункту 18 частини 1 статті 1 Закону).

Тендер (торги) — здійснення конкурентного відбору учасників з метою визначення переможця торгів згідно з процедурами, установленними цим Законом (крім переговорної процедури закупівлі) (відповідно до пункту 28 частини 1 статті 1 Закону).

Таким чином, тендерну пропозицію учасник готує і подає щодо конкурентних процедур закупівель, виходячи зі змісту статті 1 Закону, натомість **учасник переговорної процедури подає пропозиції на переговорах**.

Відповідно до частини 3 статті 35 Закону за результатами проведених переговорів з учасником (учасниками) замовник приймає рішення про намір укласти договір. Повідомлення про намір укласти договір обов'язково безоплатно оприлюднюються на веб-порталі Уповноваженого органу протягом одного дня після прийняття рішення.

Таким чином, доходимо висновку, що подання інформації про відповідність **учасника** кваліфікаційним критеріям та вимогам статті 17 **здійснюють до прийняття рішення про намір укласти договір**, адже таке рішення замовник приймає саме за результатами розгляду пропозицій учасників, наданих на переговорах.

Окрім того, виходячи зі змісту пункту 4 частини 2 статті 35 Закону, вимоги статті 17 та

спосіб їхнього документального підтвердження замовник встановлює відповідно до інформації щодо таких вимог, зафіксованої в тендерній документації, лише щодо учасника процедури закупівлі.

Слід зазначити, що замовник не встановлює кваліфікаційні критерії та не визначає перелік документів, що підтверджують подану учасниками інформацію про відповідність їх таким критеріям, у разі закупівлі нафти, нафтопродуктів сирих, електричної енергії, послуг з її передачі та розподілу, централізованого постачання теплової енергії, централізованого постачання гарячої води, послуг з централізованого опалення, послуг поштового зв'язку, поштових марок і маркованих конвертів, телекомунікаційних послуг, у тому числі з трансляції радіо- і телесигналів, послуг з централізованого водопостачання та/або водовідведення, послуг з перевезення залізничним транспортом загального користування.

Відповідно до пункту 15 частини 1 статті 1 Закону *переможець процедури закупівлі* — учасник, тендерна пропозиція якого відповідає всім критеріям та умовам, що визначені в тендерній документації, і визнана найбільш економічно вигідною, якому замовник повідомив про намір укласти договір, або учасник, якому замовник повідомив про намір укласти договір за результатами застосування переговорної процедури закупівлі. Одночасно (з огляду на положення частини 2 статті 36 Закону, а саме: *учасник-переможець процедури закупівлі* під час укладення договору повинен надати дозвіл або ліцензію на провадження певного виду господарської діяльності, якщо отримання такого дозволу або ліцензії на провадження такого виду діяльності передбачено законодавством) можемо дійти висновку, що до учасника, стосовно якого замовник прийняв рішення про намір укласти договір про закупівлю за результатами застосування переговорної процедури, також застосовується поняття — **«переможець»**. Проте, як уже йшлося вище, пункт 4 частини 2 статті 35 Закону не містить вимог щодо надання документів, що підтверджують відсутність підстав, зазначених у статті 17 Закону, переможцем переговорної процедури закупівлі. Виходячи зі змісту абзацу першого частини 3 статті 17 (а саме: спосіб документального підтвердження, згідно із законодавством, відсутності підстав, передбачених пунктами 2, 3, 5, 6 і 8 частини 1 та частиною 2 цієї статті), замовник визначає для надання таких документів лише переможця процедури закупівлі. *Вимога замовника щодо надання таких документів переможцем переговорної процедури закупівель не буде суперечити Закону*. Строк надання відповідних документів переможцем переговорної процедури закупівель доцільно встановити до моменту прийняття рішення про намір укласти договір.

Дане твердження ґрунтується на тому, що Закон не містить механізму відхилення пропозиції учасника у випадку застосування переговорної процедури закупівлі. Разом із цим, проаналізувавши підстави для відміни переговорної процедури закупівлі, наведені в частині 4 статті 35 Закону, ми не знайдемо виокремленого випадку для відміни переговорної процедури закупівлі в разі наявності підстав, зазначених у статті 17 Закону.

Разом із цим, оскільки, відповідно до пункту 4 частини 2 статті 35 Закону вимоги

до учасника не повинні відрізнятися від вимог, що були визначені замовником у тендерній документації, замовник встановлює до учасника усі інші вимоги, які були предметом тендерної документації.

Виходячи зі змісту абзацу другого частини 1 статті 35 Закону, доцільно встановити, що інформацію про відповідність учасника кваліфікаційним критеріям та вимогам статті 17 (у тому числі документальне підтвердження згідно із законодавством відсутності підстав, передбачених пунктами 2, 3, 5, 6 і 8 частини 1 й частиною 2 статті 17 Закону), а також іншим вимогам тендерної документації учасник надає (усі учасники в разі проведення переговорів з кількома учасниками) на вимогу замовника, що може бути здійснене таким чином:

у відповідь на письмовий запит замовника (запрошення до переговорів), у якому замовник заявляє про початок переговорів і надає перелік вимог відповідно до статей 16 і 17 Закону про публічні закупівлі та визначає спосіб документального підтвердження встановлених вимог, учасник надсилає вимоги або надає під час переговорної зустрічі із замовником. У запиті також варто зазначити інформацію, необхідну учасникові для формування ціни.

Таким чином, у разі ненадання учасником (учасниками) переговорної процедури закупівлі документального підтвердження згідно із законодавством відсутності підстав, передбачених пунктами 2, 3, 5, 6 і 8 частини 1 та частиною 2 статті 17, замовник матиме змогу відмовити такому учасникові (учасникам) в участі у переговорній процедурі закупівлі, оскільки, як уже йшлося вище, Закон не містить механізму врегулювання зазначеної ситуації.

Виходячи з реалій сьогодення, у даній статті редакція журналу висвітлила свою позицію щодо застосування переговорної процедури закупівлі в разі, якщо замовник двічі відмінив тендер через відсутність достатньої кількості учасників. Разом із цим нижче наводимо витяг з листа МЕРТУ (вих. № 3302-06/3816-06 від 07.02.2017) щодо застосування переговорної процедури закупівлі на підставах, передбачених пунктом 4 статті 35 Закону (щодо встановлення інформації про технічні та якісні характеристики предмета закупівлі).



Витяг з листа МЕРТУ (вих. № 3302-06/3816-06 від 07.02.2017)

Частиною другою статті 22 Закону встановлено, що тендерна документація повинна містити зокрема інформацію про необхідні технічні, якісні та кількісні

характеристики предмета закупівлі, у тому числі відповідну технічну специфікацію (у разі потреби — плани, креслення, малюнки чи опис предмета закупівлі). При цьому технічна специфікація повинна містити: детальний опис товарів, робіт, послуг, що закуповуються, у тому числі їх технічні та якісні характеристики; вимоги щодо технічних і функціональних характеристик предмета закупівлі у разі, якщо опис скласти неможливо або якщо доцільніше зазначити такі показники; посилання на стандартні характеристики, вимоги, умовні позначення та термінологію, пов'язану з товарами, роботами чи послугами, що закуповуються, передбачені існуючими міжнародними або національними стандартами, нормами та правилами.

Обґрунтування застосовування переговорної процедури закупівлі

Звертаємо увагу читачів, що проведення переговорної процедури закупівлі на підставі пункту 4 частини 2 статті 35 Закону про публічні закупівлі потребує належного обґрунтування та документального підтвердження.

Підтвердними документами доцільно вважати:

два протоколи про прийняття рішення тендерним комітетом замовника/уповноваженою особою відмінити тендер на підставах, зазначених в абзаці п'ятому частини 1 статті 31 Закону;

Коментар: протокол прийняття рішення про відміну торгів оформлюють у довільній загальноприйнятій у діловодстві формі.

два звіти про результати проведення процедури закупівлі.

Коментар: форму звіту про результати проведення процедури закупівлі затверджено наказом МЕРТУ № 490, такий звіт електронна система закупівель заповнює автоматично.

Закон не містить прямих вимог щодо необхідності обґрунтовувати підстави застосування переговорної процедури, однак з огляду на те, що метою Закону є забезпечення ефективного та прозорого здійснення закупівель, створення конкурентного середовища у

сфері публічних закупівель, запобігання проявам корупції у цій сфері та розвиток добросовісної конкуренції, — **переговорну процедуру закупівель замовник застосовує для здійснення закупівлі товарів, робіт і послуг лише у виняткових випадках, тобто в разі, якщо замовник не може застосувати конкурентну процедуру закупівлі.** Таким чином, Закон встановлює обов'язок для замовника аргументувати своє рішення та довести своє право застосувати саме переговорну процедуру закупівлі.

Окрім вище сказаного, належне обґрунтування, що підтверджує факт настання випадків, передбачених частиною 2 статті 35 Закону про публічні закупівлі, залежить від кожного окремого випадку, конкретної ситуації та необхідне замовникові для підтвердження правильності вибору такого виду процедури закупівлі у випадку оскарження та перевірок контрольних і правоохоронних органів.

Відповідно до частини 3 статті 11 Закону вибір процедури закупівель здійснює тендерний комітет/уповноважена особа (особи). Таким чином, замовник самостійно:

приймає рішення про застосування переговорної процедури закупівлі у виняткових випадках, наведених у частині 2 статті 35;

визначає документи, які можуть слугувати підтвердженням такого рішення.

Форму повідомлення про намір укласти договір під час застосування переговорної процедури (далі — Повідомлення) затверджено наказом МЕРТУ № 490. **У пункті 14 Повідомлення замовник зазначає обґрунтування застосування переговорної процедури закупівлі (посилання на експертні, нормативні, технічні та інші документи, що підтверджують наявність умов застосування процедури закупівлі).**

Особливості проведення переговорної процедури закупівлі на майданчиках

Звертаємо увагу замовників на технічні особливості: на майданчиках при проведенні переговорної процедури закупівлі не передбачено завантаження документів учасником, проте під час створення повідомлення про намір укласти договір про закупівлю (форма повідомлення про намір укласти договір під час застосування переговорної процедури затверджена наказом МЕРТУ № 490) замовник має можливість підвантажити в систему документи, які, на його думку, є невід'ємною частиною процесу проведення переговорної процедури закупівлі. Тож замовник має право та можливість оприлюднити скан-копії не лише супутніх протоколів, а й відповідні документи, надані учасником на вимогу замовника. Разом із цим Законом не встановлено обов'язку для замовника завантажувати в систему скан-копії будь-яких документів, які стосуються проведення переговорної процедури закупівлі. Однак це не означає, що для замовника відсутня необхідність

створювати та зберігати такі документи в паперовому вигляді.

Особливості відміни переговорної процедури закупівлі

Відповідно до частини 4 статті 35 Закону про публічні закупівлі переговорну процедуру закупівлі замовник відмінює в разі:

якщо замовник допустив порушення, що вплинули на об'єктивність визначення переможця процедури закупівлі;

неможливості усунення порушень, що виникли через виявлені порушення законодавства з питань закупівель;

відсутності подальшої потреби в закупівлі товарів, робіт і послуг;

скорочення видатків на здійснення закупівлі товарів, робіт і послуг;

непідписання учасником договору про закупівлю протягом 35 днів (20 днів — у разі застосування переговорної процедури закупівлі на підставах, визначених пунктом 3 частини 2 цієї статті, а також у разі закупівлі нафти, нафтопродуктів сирих, електричної енергії, послуг з її передання та розподілу, централізованого постачання теплової енергії, централізованого постачання гарячої води, послуг з централізованого опалення, послуг поштового зв'язку, поштових марок та маркованих конвертів, телекомунікаційних послуг, у тому числі з трансляції радіо- і телесигналів, послуг з централізованого водопостачання та/або водовідведення та послуг з перевезення залізничним транспортом загального користування) з дня оприлюднення на веб-порталі Уповноваженого органу повідомлення про намір укласти договір за результатами застосування переговорної процедури закупівлі.

Інформація щодо процедур, яка може зазнавати змін

Наразі систематичною є ситуація коливання цін і тарифів, у зв'язку із чим ще одним питанням, яке турбує замовників, є коригування (збільшення/зменшення) очікуваної вартості предмета закупівлі в разі застосування переговорної процедури закупівлі на підставах, зазначених у пункті 4 частини 2 статті 35 Закону. **Положення Закону про публічні закупівлі не містять обмежень щодо зміни очікуваної вартості предмета закупівлі та не містять обмежень щодо коригування обсягів такої закупівлі.**

У роз'ясненні МЕРТУ (вих. № 3302-06/3816-06 від 07.02.2017) зазначено, що частиною 1 статті 4 Закону передбачено можливість внесення змін до річного плану закупівель/додатка до річного плану. **При цьому форма внесення змін до річного**

плану закупівель/дodatка до річного плану, періодичність і характер таких змін (зміна очікуваної вартості закупівлі, предмета закупівлі, орієнтовного початку процедури закупівлі тощо) законодавством не визначені та не обмежені. Тому замовник може періодично вносити зміни до річного плану закупівель/дodatка до річного плану відповідно до наявного фінансування, потреби в товарах, роботах, послугах тощо до здійснення відповідної закупівлі. **Отже, прочитавши роз'яснення, можна дійти висновку, що зміни можливо вносити, але до початку відповідної закупівлі.** Таким чином, показники очікуваної вартості можуть бути різними як у перших, так і у других торгах та під час застосування переговорної процедури закупівлі.

Також **Законом не встановлено часовий проміжок для початку проведення процедури наступних торгів та для початку переговорної процедури.** При цьому необхідно внести зміни до річного плану стосовно орієнтовного початку проведення процедури, якщо він не збігається з орієнтовним початком, передбаченим для попередньої процедури закупівель. Разом із цим замовник може затвердити нову позицію річного плану закупівель для нової процедури. У такому випадку доцільно у «Примітках» річного плану за попередніми процедурами, які не відбулись, вказати інформацію, чому відповідна закупівля не відбулася. Щодо застосування переговорної процедури закупівлі у зв'язку зі змінами до Порядку визначення предмета закупівлі, затвердженого наказом МЕРТУ № 454 від 17.03.2016, які набули чинності 17.01.2017, наводимо витяг з листа Уповноваженого органу.



Витяг з листа МЕРТУ (вих. № 3302-06/3816-06 від 07.02.2017)

Оскільки метою Закону є зокрема забезпечення ефективного та прозорого здійснення закупівель, у разі якщо замовником було двічі відмінено тендер через відсутність достатньої кількості учасників, за предметом закупівлі, визначеним згідно з Порядком до набрання чинності змін, і при цьому такий предмет закупівлі за конкретною назвою, технічними та якісними характеристиками, а також вимоги до учасника не відрізняються від вимог, що були визначені замовником у тендерній документації, замовник може застосувати переговорну процедуру закупівлі згідно з пунктом 4 частини другої статті 35 Закону, зазначивши у формах відповідний показник Єдиного закупівельного словника згідно з Порядком зі змінами.

Таким чином, **якщо конкретна назва предмета закупівлі не змінилась, то замовник**

може застосувати переговорну процедуру закупівлі згідно з пунктом 4 частини другої статті 35 Закону.

Звертаємо вашу увагу, що відповідно до частини 4 статті 35 Закону України «Про публічні закупівлі» умови договору про закупівлю не повинні відрізнятися від змісту тендерної пропозиції за результатами аукціону (у тому числі ціни за одиницю товару) переможця процедури закупівлі або ціни пропозиції учасника в разі застосування переговорної процедури. Істотні умови договору про закупівлю не можуть бути змінені після його підписання до виконання зобов'язань сторонами в повному обсязі, крім випадків, передбачених частиною 4 статті 35 Закону.

Як бачимо, «підводні камені» неухильно супроводжують не лише конкурентні процедури закупівель, а й ніби такі прості та зрозумілі в застосуванні переговорні процедури. Наостанок вбачаємо за необхідне побажати нашим читачам наснаги та невичерпної метикуватості в публічних закупівлях!