

Переговорна процедура закупівлі: умови та підстави застосування

Закон України від 25.12.2015 № 922-VIII «Про публічні закупівлі» (далі — Закон) кардинально змінив сферу державних закупівель, проте дещо, на перший погляд, залишилось майже незмінним. Наприклад, підстави застосування переговорної процедури закупівлі. І суть переговорної процедури закупівлі, і підстави застосування залишились такими ж, як були в попередньому законі, що регулював закупівельну сферу (Закон України від 10.04.2014 № 1197-VII «Про здійснення державних закупівель»). Якщо розпочати проведення даної процедури, то ми розуміємо, що з огляду на сьогоднішні тенденції прозорого застосування закупівель усе ж є деякі особливості застосування цієї неконкурентної процедури, що варто розглянути та взяти до уваги.

Вимоги до застосування переговорної процедури закупівлі

Переговорна процедура закупівлі — це процедура, яку замовник використовує як виняток і відповідно до якої укладає договір про закупівлю з учасником після проведення переговорів з одним або кількома учасниками (абз. 1 ч. 1 ст. 35 Закону).

Основна відмінність переговорної процедури закупівлі від усіх інших процедур — це те, що вона є **неконкурентною**, тобто такою, що не зможе забезпечити конкурентну боротьбу декількох учасників через проведення аукціону. Проте сама переговорна процедура **передбачає можливість проведення переговорів з декількома учасниками**, тобто виходячи з підстав застосування цієї процедури закупівлі можемо розглядати ситуації, коли конкуренція все ж є, але з обґрунтованих причин не може бути забезпечена у відповідній ситуації. Саме через це однією з основних умов застосування переговорної процедури закупівлі є те, що її застосовують **як виняток**.

Переговорна процедура закупівлі розпочинається з переговорів з учасниками. Зрозуміло, що попередньо замовник інформує учасників, з якими вирішив вести перемовини, тобто доводить до відома обраного учасника (кола учасників) усю необхідну, на його погляд, інформацію щодо обставин проведення процедури закупівлі. Умовою проведення цих переговорів є те, що під час їх проведення замовник визначається **із ціновою пропозицією** учасника, **можливостями виконання умов постачання** предмета закупівлі та **вимагає від учасника** подання ним **підтвердженої документально інформації про його відповідність кваліфікаційним вимогам відповідно до статті 16 Закону** (абз. 2 ч. 1 ст. 35 Закону).

Нагадаємо, що відповідно до ч. 2 ст. 16 Закону замовник установлює один або декілька з таких кваліфікаційних критеріїв: наявність обладнання та матеріально-технічної бази; наявність працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід;

наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного договору.

Таким чином, **замовник може обрати один або декілька** із кваліфікаційних критеріїв, що передбачені ст. 16 Закону, для перевірки учасника переговорної процедури закупівлі та відповідно до ч. 3 ст. 16 Закону **вимагати** від нього, під час проведення переговорів, **перелік документів для підтвердження інформації учасника про відповідність його такому критерієві чи критеріям**. Перелік таких документів визначає замовник.

Практика свідчить, що в більшості випадків, через відсутність конкуренції при здійсненні закупівель через переговорну процедуру закупівлі, немає підстав встановлювати всі кваліфікаційні критерії та вимагати велику кількість документів від учасника для підтвердження його відповідності цим критеріям. Найпоширенішими кваліфікаційними критеріям, які висувають для оцінки учасників, є: при закупівлі товарів і робіт — наявність обладнання та матеріально-технічної бази, а при закупівлі послуг — наявність працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід.

Крім того, слід пам'ятати, що відповідно до абз. 2 ч. 3 ст. 16 Закону **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 із централізованого водопостачання та/або водовідведення, послуг з перевезення залізничним транспортом загального користування**.

Що стосується інших вимог до учасника, передбачених Законом, зокрема вимоги статті 17 Закону, то нещодавно Мінекономрозвитку України надало офіційне роз'яснення від 24.04.2017 № 3304-06/13652-06 щодо застосування статей 17 і 32 Закону України «Про публічні закупівлі». Витяг із зазначеного інформаційного листа щодо статті 17 Закону під час проведення переговорної процедури закупівлі наведено нижче.



Витяг з листа МЕРТУ
вих. № 3304-06/13652-06 від 24.04.2017

Вимоги, передбачені статтею 17 Закону встановлюються для тендерів з метою здійснення

конкурентного відбору учасників, оскільки статтею 17 Закону указані підстави, у разі наявності яких замовник відмовляє або може відмовити в участі у процедурі закупівлі та відхиляє тендерні пропозиції. При цьому тендерна пропозиція — пропозиція щодо предмета закупівлі або його частини (лота), яку учасник подає замовнику відповідно до вимог тендерної документації (п. 30 ч. 1 ст. 1 Закону).

Водночас з огляду на те, що переговорна процедура закупівлі використовується замовником як виняток у разі наявності підстав, визначених у статті 35 Закону, замовник з дотриманням вимог законодавства та принципів закупівель, закріплених у статті 3 Закону, **самостійно визначає перелік документів**, необхідних для застосування переговорної процедури закупівлі.

За результатами проведених переговорів з учасником (учасниками) замовник приймає рішення про намір укласти договір. Повідомлення про намір укласти договір обов'язково безоплатно **оприлюднюють** на веб-порталі Уповноваженого органу **протягом одного дня після прийняття рішення**. Воно повинно містити інформацію, передбачену ч. 3 ст. 35 Закону. Зазначена інформація повністю передбачена у формі повідомлення про намір укласти договір під час застосування переговорної процедури, затвердженій наказом Міністерства економічного розвитку України від 22.03.2016 № 490 «Про затвердження форм документів у сфері публічних закупівель». Окремі пункти даної форми електронна система закупівель заповнює автоматично, але більшість пунктів замовник заповнює самостійно, у тому числі такий важливий пункт, як **обґрунтування застосування переговорної процедури закупівлі** (посилання на експертні, нормативні, технічні та інші документи, що підтверджують наявність умов застосування процедури закупівлі).

Зважаючи на зазначене, основний акцент при прийнятті рішення про застосування переговорної процедури закупівлі необхідно робити на обґрунтуванні підстав її застосування, що передбачені ч. 2 ст. 35 Закону. Тож розглянемо кожен підставу окремо, але на початку зазначимо, що **основне завдання замовника при застосуванні переговорної процедури закупівлі — довести винятковість такої закупівлі** та сформував пакет документів, який підтверджуватиме наявність конкретної підстави в кожному окремому випадку застосування переговорної процедури закупівлі.

При цьому, **з огляду на різноманітність підстав для застосування цієї процедури, визначити чіткий перелік таких документів неможливо.** Проаналізувавши випадки застосування переговорної процедури закупівлі, ми можемо визначити основні принципи, на які повинен опиратися замовник, готуючи обґрунтування застосування переговорної процедури закупівлі, та сформував хоча б орієнтовний перелік документів, які він може використовувати щодо кожної підстави окремо.

Підстави застосування переговорної процедури

закупівлі

Застосовуючи переговорну процедуру закупівлі, замовник повинен розуміти, що об'єктивнішим буде обґрунтування, що базується на зовнішніх нормативно-технічних актах (документах), прийнятих та/або затверджених компетентним органом відповідно до законодавства. Отже, замовник передусім для підтвердження підстави застосування переговорної процедури закупівлі застосовує документ, виданий іншою незалежною установою, і лише в окремих випадках він може використовувати внутрішні, здебільшого технічні документи або локальні юридичні документи.

При цьому **суть такого підтвердного документа** — в обґрунтуванні відсутності альтернативи певному постачальникові (виконавцеві) з незалежних від замовника причин або незалежно від його дій чи бездіяльності (крім окремих випадків).

Відповідно до ч. 2 ст. 35 Закону переговорну процедуру закупівлі замовник застосовує як виняток у разі:

Закупівлі творів мистецтва або закупівлі, пов'язаної із захистом прав інтелектуальної власності, або укладення договору про закупівлю з переможцем архітектурного чи мистецького конкурсу.

Дану підставу відразу можна розділити на декілька.

По-перше, закупівля творів мистецтва. Підтвердний документ про її застосування має відштовхуватись від вимог законодавства про авторські права, як об'єкта інтелектуальної власності. Підтвердженням такого статусу твору є державна реєстрація авторського права на цей твір, у тому числі твір мистецтва. Реєстрацію здійснюють відповідно до Порядку державної реєстрації авторського права і договорів, які стосуються права автора на твір, затвердженого Постановою Кабінету Міністрів України від 27 грудня 2001 р. № 1756.

Виходячи з вимог зазначеного порядку, підтвердним документом, наприклад, може бути свідоцтво про реєстрацію авторського права на твір, рішення про реєстрацію договору, який стосується права автора на твір [про передачу (відчуження) майнових прав на твір, про передачу виключного права на використання твору або про передачу невиключного права на використання твору].

Ведення Державного реєстру свідоцтв про реєстрацію авторського права на твір та Державного реєстру договорів, які стосуються права автора на твір, здійснює Державна служба інтелектуальної власності України. За необхідності замовники можуть скористатись інформацією з офіційного веб-порталу Державної служби інтелектуальної власності України для отримання необхідної інформації (<http://sips.gov.ua>). А також на

сьогодні Єдиний державний веб-портал відкритих даних (<http://data.gov.ua>) містить Державний реєстр свідоцтв про реєстрацію авторського права на твір та Державний реєстр договорів, які стосуються права на твір (станом на травень у тестовому режимі).

По-друге, закупівля, пов'язана із захистом прав інтелектуальної власності. Такі закупівлі охоплюють сферу промислової власності, яку регулюють різні закони, залежно від напрямку, до якого можна віднести предмет закупівлі, або закони сфери авторського права і суміжних прав.

Для прикладу можемо зазначити Закон України від 15.12.1993 № 3687-XII «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», Закон України від 15.12.1993 № 3688-XII «Про охорону прав на промислові зразки», Закон України від 15.12.1993 № 3689-XII «Про охорону прав на знаки для товарів і послуг», Закон України від 16.06.1999 № 752-XIV «Про охорону прав на зазначення походження товарів», Закон України від 05.11.1997 № 621/97-ВР «Про охорону прав на топографії інтегральних мікросхем», Закон України від 23.12.1993 № 3792-XII «Про авторське право і суміжні права» та Закон України від 23.03.2000 № 1587-III «Про розповсюдження примірників аудіовізуальних творів, фонограм, відеограм, комп'ютерних програм, баз даних».

У кожному конкретному випадку, з огляду на зазначені сфери прав інтелектуальної власності та відповідні закони, визначають документ для підтвердження інтелектуальної власності, а Державна служба інтелектуальної власності веде такі реєстри: Державний реєстр патентів на винаходи; Державний реєстр патентів на корисні моделі; Державний реєстр патентів на промислові зразки; Державний реєстр топографій інтегральних мікросхем; Державний реєстр свідоцтв на знаки для товарів і послуг; Державний реєстр назв місць походження товарів і прав на використання зареєстрованих кваліфікованих зазначень походження товарів; Реєстр виробників та розповсюджувачів програмного забезпечення.

По-третє, укладення договору про закупівлю з переможцем архітектурного чи мистецького конкурсу. Документ має підтвердити проведення архітектурного чи мистецького конкурсу та визначення відповідного переможця. Це може бути протокол проведення конкурсу, протокол голосування та визначення переможця конкурсу.

Наприклад, Постановою Кабінету Міністрів України від 25.11.1999 № 2137 затверджено Порядок проведення архітектурних і містобудівних конкурсів. Відповідно до цього порядку документами, що підтверджують проведення конкурсу з визначенням переможця, є рішення замовника конкурсу про утворення журі; протокол про підсумки конкурсу, підписаний головою і секретарем журі; рішення журі про розподіл премій та інших видів заохочень.

Проведення мистецького конкурсу спеціальними нормативними документами не врегульовано, але за аналогією можемо говорити про такі ж документи.

Відсутності конкуренції (у тому числі з технічних причин) на відповідному ринку, унаслідок чого договір про закупівлю може бути укладено лише з одним постачальником, за відсутності при цьому альтернативи.

У цій підставі є два окремих випадки відсутності конкуренції.

По-перше, відсутність конкуренції на підставі наявності монопольного становища.

Ця підстава може бути підтверджена, виходячи з вимог Закону України від 20.04.2000 № 1682-III «Про природні монополії», який визначає правові, економічні та організаційні засади державного регулювання діяльності суб'єктів природних монополій в Україні.

Із цього приводу Антимонопольний комітет України на офіційному веб-порталі розмістив інформацію, що відповідно до пп. 4 пункту 3 розділу I Закону України від 07.06.2012 № 4910-VI «Про внесення змін до деяких законодавчих актів України щодо розмежування повноважень державних органів у сферах природних монополій та у галузі зв'язку» внесено зміни до ч. 2 ст.5 Закону України «Про природні монополії». Відповідно до зазначених змін на Антимонопольний комітет України покладено функції ведення зведеного переліку суб'єктів природних монополій на підставі реєстрів суб'єктів природних монополій у сфері житлово-комунального господарства, які формує Національна комісія, що здійснює державне регулювання у сфері комунальних послуг, а в інших сферах, у яких діють суб'єкти природних монополій, — національні комісії регулювання природних монополій у відповідній сфері або органи виконавчої влади, що здійснюють функції такого регулювання до створення зазначеної комісії.

Для запровадження механізму реалізації ч. 2 ст. 5 Закону України «Про природні монополії», який набув чинності з 8 січня 2013 року, та відповідно до п. 11 ч. 3 ст. 7 Закону України від 26.11.1993 № 3659-XII «Про Антимонопольний комітет України» було прийнято розпорядження Антимонопольного комітету України від 28 листопада 2012 року № 874-р «Про затвердження Порядку складання та ведення зведеного переліку суб'єктів природних монополій», зареєстроване в Міністерстві юстиції України 19.12.2012 за № 2119/22431.

Таким чином, замовники для підтвердження підстави застосування переговорної процедури, пов'язаної з монопольним становищем учасника, можуть скористатись електронним витягом з Переліку суб'єктів природних монополій <http://www.amc.gov.ua/amku/doccatalog/document?id=134345&schema=main>.

При цьому таку інформацію з електронного витягу замовник отримує самостійно, оскільки Антимонопольний комітет України не надає документального підтвердження з Переліку суб'єктів природних монополій, про що на його веб-порталі оприлюднено інформацію, наведену далі.



До уваги суб'єктів господарювання, об'єднань, органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління і контролю (Про надання інформації стосовно суб'єктів господарювання для проведення процедури закупівлі за державні кошти)

До Антимонопольного комітету України надходять численні звернення щодо надання підтвердження монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання з метою організації та проведення закупівель за державні кошти згідно із Законом України «Про здійснення державних закупівель», у зв'язку із чим повідомляємо.

Антимонопольний комітет України згідно зі статтею 1 Закону України «Про Антимонопольний комітет України» є державним органом із спеціальним статусом, метою діяльності якого є забезпечення державного захисту конкуренції у підприємницькій діяльності та у сфері державних закупівель.

Відповідно до статті 3 зазначеного Закону основним завданням Комітету є, зокрема, здійснення державного контролю за дотриманням законодавства про захист економічної конкуренції на засадах рівності суб'єктів господарювання перед законом, контролю за концентрацією, узгодженими діями суб'єктів господарювання та захисту конкуренції у сфері державних закупівель.

Зазначаємо, що відповідно до статей 1 та 8 Закону України «Про здійснення державних закупівель» Антимонопольний комітет України є органом оскарження, який, з метою неупередженого та ефективного захисту прав і законних інтересів осіб, пов'язаних із участю у процедурах державної закупівлі, розглядає скарги про порушення законодавства у сфері державних закупівель.

Таким чином, надання підтвердження монопольного (домінуючого) становища суб'єктів господарювання на відповідних ринках з метою організації та проведення закупівель за державні кошти згідно із Законом України «Про здійснення державних закупівель» не належить до повноважень Антимонопольного комітету України.

Уважний читач одразу помітив, що викладена вище інформація містить посилання на не актуальний з 1 серпня 2016 року Закон України від 10.04.2014 № 1197-VII «Про здійснення державних закупівель», проте на сьогодні такий підхід повністю кореспондується з положеннями чинного законодавства.

Також варто звернути увагу замовників, що Перелік суб'єктів природних монополій, розміщений на веб-порталі Антимонопольного комітету України, може змінюватись, тому необхідно готувати і зберігати інформацію, актуальну на час проведення переговорної процедури.

По-друге, відсутність конкуренції з технічних причин. Цей випадок через різноманітність можливих обставин для його виникнення не має орієнтовного посилання на можливий документ установленого зразка для підтвердження, але в будь-якому разі це має бути документ, що засвідчує неможливість з технічних причин здійснити закупівлю в іншого учасника. Здебільшого такий документ закріплює технічну здатність конкретного учасника надавати відповідні послуги чи виконувати роботи.

Отже, в обох випадках, визначених п. 2 ч. 2 ст. 35 Закону, а особливо в останньому, не зайвим для замовника буде отримання експертного висновку сторонньої незалежної організації, яка б підтвердила неможливість постачання товару, надання послуг чи виконання робіт, які закуповують, іншими учасниками, навіть за наявності таких на ринку.

Нагальної потреби в здійсненні закупівлі у зв'язку з виникненням особливих економічних чи соціальних обставин, що унеможливають дотримання замовниками строків для проведення тендеру, а саме пов'язаних з негайною ліквідацією наслідків надзвичайних ситуацій, а також наданням у встановленому порядку Україною гуманітарної допомоги іншим державам. Застосування переговорної процедури закупівлі в таких випадках здійснюється за рішенням замовника щодо кожної процедури.

І знову одна підстава говорить про два різних випадки.

По-перше, нагальна потреба у здійсненні закупівлі у зв'язку з виникненням особливих економічних чи соціальних обставин, що унеможливають дотримання замовниками строків для проведення тендеру, а саме пов'язаних з негайною ліквідацією наслідків надзвичайних ситуацій.

У цій умові конкретизовано, про які саме випадки йдеться. Отже, використовувати дану підставу до інших нагальних потреб замовника не можна.

Виходячи з даної умови, підтвердним документом може слугувати документ Міністерства надзвичайних ситуацій України (www.mns.gov.ua) або його структурного підрозділу, що уповноважений на встановлення режиму надзвичайної ситуації, а також може бути

документ іншого державного органу, до компетенції якого належить питання ліквідації наслідків надзвичайних ситуацій (Постанова КМУ від 16 грудня 2015 № 1057 «Про визначення сфер діяльності, в яких центральні органи виконавчої влади здійснюють функції технічного регулювання»). У разі технічних пошкоджень, що потребують негайної ліквідації, бажано мати дефектний акт, який засвідчує такі пошкодження.

Порядок класифікації надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру затверджено Постановою Кабінету Міністрів України від 24 березня 2004 р. № 368. Крім того, варто звернути увагу на Національний класифікатор України «Класифікатор надзвичайних ситуацій ДК 019:2010».

По-друге, надання у встановленому порядку Україною гуманітарної допомоги іншим державам. Питання гуманітарної допомоги України іншим державам визначають Закон України від 22.10.1999 № 1192-XIV «Про гуманітарну допомогу», Закон України від 05.07.2012 № 5073-VI «Про благодійну діяльність та благодійні організації», інші нормативно-правові акти, міжнародні угоди, згоду на обов'язковість яких надала Верховна Рада України.

До спеціально уповноважених державних органів з питань гуманітарної допомоги належать: центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері соціального захисту населення; Рада міністрів Автономної Республіки Крим; обласні, Київська та Севастопольська міські державні адміністрації. Спеціально уповноважені державні органи з питань гуманітарної допомоги приймають рішення за погодженням із органами доходів і зборів, центральними органами виконавчої влади, що забезпечують формування та реалізують державну політику у сфері охорони здоров'я, у сфері економічного розвитку, державну фінансову політику, державну політику у сфері цивільного захисту, Міністерством внутрішніх справ України, органами Національної поліції, Національним банком України чи його філіями (територіальними управліннями).

Разом з тим відповідно до ст. 10 Закону України «Про гуманітарну допомогу» рішення про надання Україною гуманітарної допомоги приймають Верховна Рада України або Президент України. Порядок надання Україною гуманітарної допомоги встановлює Кабінет Міністрів України.

Отже, підтвердними документами наявності підстави, що розглядають для застосування переговорної процедури закупівлі, є відповідні рішення та документи уповноважених органів.

Якщо замовник двічі відмінив 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 ч. 2 ст. 20 Закону під час проведення процедури відкритих торгів тендерні пропозиції мають право подавати всі зацікавлені особи. Для проведення процедури закупівлі має бути подано не менше двох пропозицій.

Водночас абз. 5 ч. 1 ст. 31 Закону визначено, що замовник відмінює торги в разі подання для участі в них менше двох тендерних пропозицій, а в разі здійснення закупівлі за рамковими угодами з кількома учасниками — менше трьох пропозицій.

Отже, документ, що підтвердить обумовлену вище підставу, повинен засвідчити відміну торгів через неподання тендерних пропозицій учасниками або подання менше двох пропозицій при проведенні відкритих торгів.

Зважаючи на те, що електронна система закупівель при поданні менше двох тендерних пропозицій учасників самостійно визначає процедуру такою, що не відбулась, замовник може опиратись лише на електронну інформацію, оскільки жодна із форм документів, затверджених наказом Мінекономрозвитку від 22.03.2016 № 490, не містить інформації про відміну. Також замовник може оформити відповідні рішення протоколом тендерного комітету (уповноваженої особи), в яких буде посилання на відповідну процедуру закупівлі, що не відбулась.

Крім того, невизначеним залишається питання застосування даної підстави переговорної процедури закупівлі у разі відміни конкурентних торгів (процедури конкурентного діалогу). Відповідно до абз. 7 ч. 2 ст. 34 Закону при проведенні конкурентного діалогу після розкриття тендерних пропозицій замовник розглядає пропозиції учасників на відповідність вимогам, установленим у тендерній документації для першого етапу. Усіх учасників, пропозиції яких не було відхилено, замовник запрошує до переговорів, але не менше ніж трьох учасників.

У разі якщо було подано одну тендерну пропозицію або не подано жодної, то умови застосування даної підстави переговорної процедури наявні. Якщо було подано дві тендерні пропозиції, то з огляду на вищенаведені вимоги Закону замовник повинен відмінити процедуру через те, що на першому етапі процедури конкурентного діалогу було подано менше трьох пропозицій учасників, яких необхідно допустити до переговорів. Тож не зовсім зрозумілим є те, чи недостатня кількість учасників (менше трьох) для проведення конкурентного діалогу може бути підставою для проведення переговорної процедури з огляду на умови ст. 31 Закону.

На жаль, на сьогодні практика проведення процедури конкурентного діалогу є доволі незначною для того, щоб проаналізувати дану ситуацію, тому з остаточною відповіддю має визначитись Уповноважений орган — Мінекономрозвитку України.

Водночас недостатня кількість учасників — це не єдина умова застосування підстави,

визначеної п. 4 ч. 2 ст. 35 Закону. Ще одним важливим моментом є те, що при застосуванні даної підстави предмет закупівлі, його технічні та якісні характеристики, а також вимоги до учасника не повинні відрізнятися від вимог, які визначив замовник у тендерній документації.

І останнє, що має пам'ятати замовник при застосуванні даної підстави. Це — усвідомлення того, що саме слід розуміти під відміненим тендером.

Так, консультаційна відповідь Мінекономрозвитку № 35/2016 пояснює, що п. 28 ч. 1 ст. 1 Закону визначено, що тендер (торги) — здійснення конкурентного відбору учасників з метою визначення переможця торгів згідно з процедурами, установленими цим Законом (крім переговорної процедури закупівлі).

При цьому замовник відмінє торги в разі подання для участі в них менше двох тендерних пропозицій (абз. 5 ч. 1 ст. 31 Закону).

Таким чином, пунктом 4 ч. 2 ст. 35 Закону не передбачено випадку застосування переговорної процедури в разі, якщо торги відмінено частково (за лотом).

Отже, для того щоб застосувати дану підставу, замовникові буде мало відмінити лот у конкурентній процедурі закупівлі, він повинен буде переоголосити цей відмінений лот у вигляді окремої процедури закупівлі (розпочати нову процедуру торгів). І лише якщо вона двічі не відбудеться через відсутність достатньої кількості учасників, замовник зможе провести переговорну процедуру закупівлі відповідно до даної підстави.

При цьому необхідно звернути увагу на певний нюанс (якщо замовник провів багатолотову процедуру закупівлі). При цьому в результаті проведеної процедури закупівлі за одними лотами укладено договори про закупівлю, а за іншими — закупівля не відбулася. Постає питання щодо того, чи зобов'язаний замовник проводити нову процедуру закупівлі для лотів, які «не зіграли». Якщо очікувана вартість такого одного лота є меншою за вартісні межі, вказані у ч. 1 ст. 2 Закону, і при цьому потреба в закупівлі не відпала, то придбання відповідного предмета закупівлі здійснюють або внаслідок проведення допорогової закупівлі у системі, або укладення прямого договору. Такий підхід кореспондується з позицією Уповноваженого органу, викладеною в листі інформативного характеру від 14.09.2016 № 3302-06/29640-06 [детальніше можливо переглянути у випуску журналу № 10 (61) за жовтень 2016 року на сторінках 38–42], відповідно до якої такі кошти є новим предметом договору. Якщо очікувана вартість одного такого лота дорівнює або перевищує вартісні межі, вказані в ч. 1 ст. 2 Закону, і при цьому потреба в закупівлі не відпала, то придбання відповідного предмета закупівлі повинно відбуватись за процедурами, передбаченими статтею 12 Закону.

Потреби здійснити додаткову закупівлю в того самого постачальника з метою уніфікації, стандартизації або

забезпечення сумісності з наявними товарами, технологіями, роботами чи послугами, якщо заміна попереднього постачальника (виконавця робіт, надавача послуг) може призвести до несумісності або виникнення проблем технічного характеру, пов'язаних з експлуатацією та обслуговуванням.

Дана підстава може бути застосована до дуже різноманітних предметів закупівлі, тому складно говорити про конкретний документ, що її підтвердить. Але найчастіше таким документом може бути **експертний висновок профільної наукової установи.**

Такий **висновок повинен засвідчити, що попередній постачальник (виконавець) не може бути замінений іншим, а його заміна може завдати замовникові значних проблем, збитків, ушкоджень. При цьому попередній постачальник (виконавець) не може бути замінений іншим саме з технічних причин.**

Водночас варто розібратись, що саме означають уніфікація та стандартизація.

Відповідно до п. 21 ч. 1 ст. 1 Закону України від 05.06.2014 № 1315-VII «Про стандартизацію» **стандартизація** — це діяльність, що полягає в установленні положень для загального та неодноразового використання щодо наявних чи потенційних завдань і спрямована на досягнення оптимального ступеня впорядкованості в певній сфері.

Уніфікація є методом стандартизації.

Коли ж ідеться про стандартизацію товарів, робіт і послуг у закупівлях, то її мета — це забезпечення сумісності з наявними товарами, технологіями, роботами чи послугами, якщо заміна попереднього постачальника (виконавця робіт, надавача послуг) може призвести до несумісності або виникнення проблем технічного характеру, пов'язаних з експлуатацією та обслуговуванням. Однак замовникові варто зважати на те, що забезпечити сумісність може **не лише точно такий же товар (роботи, послуги), але і відмінний, проте такий, що відповідає необхідним технічним характеристикам.**

Крім того, беручи до уваги, що дана підстава застосування переговорної процедури базується на здійсненні додаткової закупівлі, це означає, що **вже мала відбутись основна закупівля.** І, як і будь-яка інша закупівля, яку регулює Закон, вона повинна була відбутись **із застосуванням процедури закупівлі**, зокрема у нашому випадку — конкурентної процедури. Відповідно замовникові варто мати документи, що засвідчують таку попередню закупівлю (наприклад, звіт про результати проведення закупівлі).

Необхідності проведення додаткових будівельних робіт, не

зазначених у початковому проекті, але які стали через непередбачувані обставини необхідними для виконання проекту за сукупності таких умов: договір буде укладено з попереднім виконавцем цих робіт, такі роботи технічно чи економічно пов'язані з головним (первинним) договором; загальна вартість додаткових робіт не перевищує 50 відсотків вартості головного (первинного) договору.

Як і попередня підстава для застосування переговорної процедури закупівлі, дана підстава говорить про **додаткову закупівлю**, а отже, їй має **передувати основна закупівля**. Тож замовник повинен мати документи, що підтвердять наявність такої закупівлі.

Про необхідні документи для підтвердження наявності даної підстави можемо зробити висновки з умов самої підстави. Оскільки йдеться **про будівельні роботи, не зазначені в початковому проекті**, то підтвердженням підстави будуть **зміни, внесені до даного проекту. Наприклад, зміни до проектно-кошторисної документації або її перепогодження з відповідними змінами.**

При цьому важливо, щоб **дані зміни підтверджували непередбачуваність обставин**, які обумовили додаткову потребу, тобто засвідчили факт того, що провини замовника у виникненні таких обставин немає.

Ще однією умовою є те, що договір за результатами переговорної процедури за цією підставою буде укладено **з попереднім виконавцем цих робіт і що такі роботи технічно чи економічно пов'язані з головним (первинним) договором.**

Крім того, зважаючи на те, що загальна вартість **додаткових робіт не повинна перевищувати 50 відсотків вартості головного (первинного) договору**, якщо було декілька додаткових угод стосовного одного і того ж проекту, то необхідно брати до уваги їх усі, щоб розрахувати вартість можливої додаткової закупівлі.

Закупівлі юридичних послуг, пов'язаних із захистом прав та інтересів України, у тому числі з метою захисту національної безпеки і оборони, під час врегулювання спорів, розгляду в закордонних юрисдикційних органах справ за участю іноземного суб'єкта та України, на підставі

рішення Кабінету Міністрів України або введених в дію відповідно до закону рішень Ради національної безпеки і оборони України.

Документи щодо підтвердження наявності умов для її застосування зазначено в самій підставі, а саме **рішення Кабінету Міністрів України або Ради національної безпеки і оборони України.**

Укладення договору за результатами переговорної процедури закупівлі

Завершенням переговорної процедури закупівлі є укладення договору після того, як замовник провів переговори з учасником (учасниками), підтверджено наявність визначеної ним підстави для застосування переговорної процедури закупівлі та оприлюднено повідомлення про намір укласти договір під час застосування переговорної процедури.

Відповідно до абз. 8 ч. 3 ст. 35 Закону замовник має право укласти договір про закупівлю за результатами застосування переговорної процедури закупівлі не раніше ніж через 10 днів (п'ять днів — у разі застосування переговорної процедури закупівлі з підстав, визначених п. 3 ч. 2 ст. 35 Закону, 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 із централізованого опалення, послуг поштового зв'язку, поштових марок та маркованих конвертів, телекомунікаційних послуг, у тому числі з трансляції радіо- і телесигналів, послуг із 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.

Підстави для відміни переговорної процедури закупівлі

Проте невчасне підписання договору про закупівлю за результатами переговорної процедури закупівлі є підставою для її відміни.

Загалом ч. 4 ст. 35 Закону визначено, що переговорну процедуру закупівлі замовник відміняє в разі:

якщо замовником допущено 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 у строк 35 днів (20 днів — у разі застосування переговорної процедури закупівлі з підстав, визначених пунктом 3 частини другої 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 із централізованого опалення, послуг поштового зв'язку, поштових марок та маркованих конвертів, телекомунікаційних послуг, у тому числі з трансляції радіо- і телесигналів, послуг із 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.

Переговорну процедуру закупівлі замовник може відмінити частково (за лотом).

Лоти в переговорній процедурі закупівлі

Остання умова ч. 4 ст. 35 Закону дає розуміння того, що переговорна процедура може відбуватись за лотами.

Лот (частина предмета закупівлі) — це визначена замовником частина товарів, робіт чи послуг, на яку в межах єдиної процедури закупівлі учасникам дозволяється подавати тендерні пропозиції або пропозиції на переговорах у разі застосування переговорної процедури закупівлі (п. 37 ч. 1 ст. 1 Закону).

Відповідно до Порядку визначення предмета закупівлі, затвердженого наказом Мінекономрозвитку України від 17.03.2016 № 454, замовник може визначити окремі частини предмета закупівлі (лоти) за показниками четвертої – восьмої цифр Єдиного закупівельного словника, а також за обсягом, номенклатурою та місцем поставки товарів, виконання робіт або надання послуг.

Найчастіше переговорну процедуру закупівлі визначають за лотами саме через необхідність поставок у різні місця.

На сьогодні електронна система закупівель дає можливість проводити багатолотову (мультилотову) переговорну процедуру закупівлі, тож у разі необхідності замовник може скористатися із цієї можливості й провести одну переговорну процедуру закупівлі,



виокремивши декілька лотів, але **виключно в разі наявності однакових підстав її застосування для всіх лотів.**