

Застосування ч. 3 ст. 631 ЦК України у договорі про закупівлю: коли можливо?

Питання від читача

«Доброго дня! Замовник торгів проводить щороку переговорну процедуру закупівлі щодо надання послуг у сфері університетської освіти для дорослих [послуги з проведення міжнародного іспиту з основ медицини (фундаментальні дисципліни) як компонента єдиного державного кваліфікаційного іспиту для здобувачів вищої освіти щодоспеціальності «222 Медицина»].

Відповідно до договору від 20.06.2019 між державною організацією «Центр тестування професійної компетентності фахівців з вищою освітою напрямів підготовки «Медицина» і «Фармація» при Міністерстві охорони здоров'я України» (далі — ДО «Центр тестування») та Національною радою медичних екзаменаторів Сполучених Штатів Америки єдиним надавачем даних послуг є ДО «Центр тестування», тож є необхідність у проведенні переговорної процедури закупівлі відповідно до п.2 ч.2 ст.35 Закону України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон).

Станом на 01.07.2019 між замовником та ДО «Центр тестування» не погоджено істотних умов договору, переговорну процедуру закупівлі не розпочато. 01.07.2019 ДО «Центр тестування» згідно з графіком тестування почав проведення міжнародного іспиту без укладеної угоди із замовником. Відповідно до ч. 7 ст. 2 Закону заборонено придбання товарів, робіт і послуг до/без проведення процедур, визначених цим Законом, та укладення договорів, які передбачають оплату замовником товарів, робіт і послуг до/без проведення процедур, визначених цим Законом. Таким чином, ДО «Центр тестування» надав послуги до проведення переговорної процедури закупівлі. Чи правомірним буде проведення переговорної процедури закупівлі на послуги, які фактично надані до її проведення?»

Відповідь експерта

— Добрий день! Частина 7 статті 2 Закону України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон) дійсно забороняє придбання товарів, робіт і послуг до/без проведення процедур, визначених цим Законом, та укладення договорів, які передбачають оплату замовником товарів, робіт і послуг до/без проведення процедур, визначених цим Законом. При цьому підкреслимо: заборонено й укладення договору до/без проведення процедур, і придбання товарів, робіт чи послуг до/без проведення процедур, якщо такі мали бути проведені згідно із Законом. Придбання включає в себе і оплату до укладення договору фактично поставлених товарів/робіт/послуг, і поставку з відстрочкою платежу на момент після укладення договору.

Однак це правило має свої нюанси. Так, у разі проведення будь-якої конкурентної процедури існує реальне змагання між учасниками, можливі процедури оскарження, відмова переможця від укладення договору, а то й відміна торгів чи визнання їх такими, що не відбулися. Усе це **унеможливорює виникнення зобов'язальних відносин** між замовником та переможцем до завершення строку на оскарження результатів процедури закупівлі, укладення та оприлюднення договору про закупівлю в установленому порядку. Однак Закон запроваджує процедури закупівель не заради самих процедур, а заради дотримання **конкурентних засад при витрачанні публічних коштів**. А тому **щодо переговорної процедури закупівлі ситуація інша**.

Так, 4 із 7 підстав для проведення переговорної процедури закупівлі **не передбачають можливість вибору замовником контрагента з кількох потенційних учасників**. Відповідно до пунктів 1, 2, 5 та 6 частини 2 статті 35 Закону (а саме: закупівля творів мистецтва чи пов'язана із захистом прав інтелектуальної власності, або укладення договору про закупівлю з переможцем архітектурного чи мистецького конкурсу; відсутність конкуренції на ринку; додаткова закупівля в того самого постачальника та додаткові будівельні роботи в того самого підрядника) замовник проводитиме переговорну процедуру **лише з одним учасником** — переможцем конкурсу, володільцем виключних майнових прав та твір, монополістом чи своїм фактичним контрагентом (для додаткової закупівлі) і т.д. **Якщо можливості вибору немає, то неможливо порушити жодні принципи конкуренції чи недискримінації**.

Тож у разі проведення переговорної процедури на підставі **пунктів 1, 2, 5 чи 6 частини 2 статті 35 Закону** сторони **мають право надати** договору про закупівлю **зворотну дію в часі**, послуговуючись **частиною 3 статті 631 ЦК України**. Інші підстави проведення переговорної процедури передбачені пунктами 3, 4 та 7 частини 2 статті 35 Закону (закупівля при нагальній потребі якщо замовник двічі відмінив тендер або закупівля юридичних послуг для міжнародного представництва України) передбачають наявність конкуренції на ринку. Тож **може бути** й реальне змагання між учасниками (нехай навіть громадськість довідається про це у вкрай стислій формі), і процедури оскарження, і непідписання учасником договору про закупівлю, і відміна переговорної процедури. А тому при проведенні переговорної процедури на підставі пунктів 3, 4 чи 7 частини 2 статті 35 Закону надання договору про закупівлю зворотної дії в часі на підставі частини 3 статті 631 ЦК України є неприпустимим.

Окремо зазначимо: повторна відміна замовником тендеру на закупівлю товарів/робіт/послуг, для яких є постійно діючий немонополізований ринок, свідчить лише про недоліки в організації таких тендерів (наприклад, замовник занижує очікувану вартість закупівлі, тому ніхто й не йде до нього на тендер; або ж вимоги до предмета закупівлі чи кваліфікаційні вимоги прописані таким чином, що жоден потенційний постачальник не в змозі їх виконати), але жодним чином не характеризує конкурентне становище ринку. А тому в разі проведення переговорної процедури закупівлі на підставі пункту 4 частини 2 статті 35 Закону замовник також не має права придбавати (тобто не лише оплачувати, але й отримувати з відстрочкою платежу) товари/роботи/послуги в

учасника переговорної процедури до укладення договору в установленому порядку.