

Як обрати ефективно забезпечення пропозиції учасника та виконання договору про закупівлю

Організація процедур державних закупівель — процес тривалий і трудомісткий. Крім того, проведення торгів завжди пов'язане з певними ризиками, у тому числі й матеріальними. Нерідко трапляється так, що переможець торгів ухиляється від укладення договору про закупівлю товарів (робіт або послуг). А це приводить до необхідності проведення повторних торгів, втрати часу та несвоєчасного отримання необхідних товарів. Саме тому замовники намагаються захистити себе від недобросовісних учасників та подібних негативних наслідків, зокрема шляхом зазначення в оголошенні про проведення процедури закупівлі та в документації конкурсних торгів вимог щодо надання забезпечення пропозиції конкурсних торгів та (або) забезпечення виконання договору про закупівлю.

Забезпечення виконання договору про закупівлю — надання учасником замовникові гарантій виконання своїх зобов'язань за договором про закупівлю, включаючи такі види забезпечення, як порука, гарантія, застава, завдаток, неустойка, депозит.

Неустойка як вид забезпечення передбачена Законом лише для забезпечення виконання договору про закупівлю, а не пропозиції конкурсних торгів.

Закон визначає забезпечення пропозиції конкурсних торгів, як надання учасником замовникові гарантій виконання своїх зобов'язань у зв'язку з поданням пропозиції конкурсних торгів, у тому числі такі види забезпечення: порука, гарантія, застава, завдаток, депозит. Даний перелік видів забезпечень є вичерпним і визначається пунктами 7 та 8 частини 1 статті 1 Закону України «Про здійснення державних закупівель» (далі — Закон).

Варто звернути увагу на те, що порівняно з нормами Закону України «Про здійснення державних закупівель» № 2289-VI законодавець у Законі № 1197-VII встановив значно менші розміри забезпечення: максимальний розмір забезпечення пропозицій при закупівлі робіт з 1 відсотка зменшено до 0,5 відсотка та при закупівлі товарів і послуг з 5 відсотків — до 3 відсотків. А розмір забезпечення виконання договору залишився незмінним і не може перевищувати 5 відсотків вартості договору.

Статтю 24 Закону чітко регламентовано випадки повернення чи неповернення забезпечення пропозиції конкурсних торгів. Відповідно до частини 3 вказаної статті забезпечення пропозиції конкурсних торгів не повертається замовником у разі:

- відкликання пропозиції конкурсних торгів учасником після закінчення строку її подання;
- непідписання учасником, що став переможцем процедури торгів, договору про

закупівлю;

– ненадання переможцем процедури торгів забезпечення виконання договору про закупівлю після акцепту його пропозиції конкурсних торгів, якщо надання такого забезпечення передбачено документацією конкурсних торгів. А згідно з частиною 4, замовник повинен повернути забезпечення пропозиції конкурсних торгів учасникові протягом трьох банківських днів з дня настання підстави для повернення забезпечення пропозиції конкурсних торгів у разі:

- закінчення строку дії забезпечення пропозиції конкурсних торгів, зазначеного в документації конкурсних торгів;
- укладення договору про закупівлю з учасником, що став переможцем конкурсних торгів;
- відкликання пропозиції конкурсних торгів до закінчення строку її подання;
- закінчення процедури закупівлі в разі неукладення договору про закупівлю з жодним із учасників, що подали пропозиції конкурсних торгів.

Також нормативно врегульовано випадки повернення забезпечення виконання договору і перелічено в статті 26 Закону. Замовник повертає забезпечення виконання договору про закупівлю:

- після виконання учасником-переможцем договору, а також:
- у разі визнання судом результатів процедури закупівлі або договору про закупівлю недійсними;
- у випадку відміни торгів;
- у разі визнання торгів такими, що не відбулися;
- у разі письмової відмови переможця торгів від підписання договору про закупівлю відповідно до вимог документації конкурсних торгів або неукладення договору про закупівлю з вини учасника у строк, визначений цим Законом, а також:
- згідно з умовами, зазначеними в договорі, але не пізніше ніж протягом трьох банківських днів з дня настання зазначених обставин.

Окремо слід зазначити, що стаття 26 Закону не містить норм стосовно неповернення забезпечення виконання договору. Лише виходячи з аналізу норм цивільного законодавства, можна дійти висновку, що забезпечення виконання договору не повертається учасникові у випадку порушення умов договору про закупівлю.

Відповідно до частини 5 статті 24 Закону України «Про здійснення державних закупівель» кошти, що надійшли як забезпечення пропозиції конкурсних торгів (у разі, якщо вони не повертаються учасникові), підлягають перерахуванню до відповідного бюджету, а в разі здійснення закупівлі юридичними особами (їх об'єднаннями) не за бюджетні кошти — перераховуються на рахунок таких юридичних осіб (їх об'єднань). У частині 3 статті 26 Закону міститься схожа норма, що стосується перерахування коштів, що надійшли як

забезпечення виконання договору. У вказаних статтях ідеться виключно про грошові кошти. Проте, виходячи з нормативних визначень «завдаток» і «застава», їх предметом можуть бути не лише грошові кошти, а й рухоме або нерухоме майно. Питання визначення подальшої долі не повернутого учасникові забезпечення у вигляді певного майна потребує додаткового нормативного врегулювання.

Звертаємо увагу і на те, що правочин щодо забезпечення виконання зобов'язання (пропозиції, договору) вчиняється в письмовій формі (ст. 207 ЦК України) навіть у тих випадках, коли правочин, з якого виникає основне зобов'язання, вчиняється в усній формі. Правочин щодо забезпечення виконання зобов'язання, вчинений із недодержанням письмової форми, є нікчемним (ч. 2 ст. 547 ЦК України). Тому якщо замовник торгів обере такий вид забезпечення пропозиції, як завдаток чи застава, то учасникові доведеться подавати на торги у складі пропозиції договір завдатку чи застави, укладений з організатором. Укладенню договору передують досягнення згоди з усіх істотних умов. Така ситуація може сприяти корупційним діям і зловживанням — як з боку замовника, так і з боку учасника.

Розглянемо детальніше переваги і недоліки кожного виду забезпечення.

Порука

За договором поруки поручитель поручається перед кредитором боржника за виконання ним свого обов'язку. Поручитель відповідає перед кредитором за порушення зобов'язання боржником. Порукою може забезпечуватися виконання зобов'язання частково або в повному обсязі (ст. 553 ЦКУ).

Такий спосіб забезпечення більш вигідний для учасників, оскільки не призводить до додаткових витрат і дає можливість не вилучати з обігу кошти підприємства. Проте жорсткі вимоги замовника можуть ускладнити процес пошуку поручителя. Стосовно організаторів торгів: для них такий спосіб не є надійним, оскільки у випадку недобросовісності переможця можливими є труднощі з отриманням забезпечення, а в перспективі — і стягненням боргу в судовому порядку.

Приклад забезпечення у формі поруки, що вимагається документацією торгів

Пропозиція конкурсних торгів обов'язково супроводжується документом, що підтверджує внесення забезпечення пропозиції конкурсних торгів, яке має бути подане у вигляді забезпечення поруки розміром: 174 000 грн (сто сімдесят чотири тисячі грн). У разі коли забезпечення буде вноситись за учасника у формі поруки, учасник повинен погодити таке рішення із замовником до подання пропозиції конкурсних торгів, але не пізніше ніж за 5 робочих днів до дати розкриття пропозицій конкурсних торгів. У разі надання позитивного рішення учасник повинен надати у складі своєї пропозиції конкурсних торгів копію листа-погодження замовника на надання забезпечення пропозиції конкурсних торгів у формі поруки конкретної організації та оригіналу самої поруки.

Замовник має право вимагати документи поручителя та (або) обмежувати коло осіб, які можуть бути поручителями.

Застава

У силу застави кредитор (заставодержатель) має право в разі невиконання боржником (заставодавцем) зобов'язання, забезпеченого заставою, одержати задоволення за рахунок заставленого майна переважно перед іншими кредиторами цього боржника, якщо інше не встановлено законом (право застави) (ст. 572 ЦКУ). Більш прийнятною застава є для замовників, оскільки вони гарантовано зможуть отримати це забезпечення, хоча для оформлення необхідних документів потрібні додаткові зусилля. Що ж стосується учасників, то їм, крім заморожування оборотних активів (майна, коштів), також доведеться збільшувати документообіг.

Приклад забезпечення у формі застави, що вимагається документацією торгів

Видом забезпечення пропозиції конкурсних торгів є застава грошових коштів учасника. Договір застави, його форма та зміст повинні відповідати вимогам цивільного законодавства України та документації конкурсних торгів. Розмір застави в грошовому виразі становить 10 000,00 (десять тисяч грн 00 коп.). Реквізити розрахункового рахунку замовника для зарахування коштів: _____.

Порядок укладення договору застави: _____.

Завдаток

Завдатком є грошова сума або рухоме майно, що видається кредиторі боржником у рахунок належних з нього за договором платежів, на підтвердження зобов'язання і на забезпечення його виконання (ст. 570 ЦКУ). Завдаток, як і застава, більшою мірою задовольняє інтереси організатора торгів: гарантоване отримання забезпечення в разі порушень з боку учасників, але потребує додаткових дій стосовно підготовки документів. Для учасників дана процедура обтяжлива, бо тимчасово вилучаються активи підприємства, хоча і зменшується обсяг документів.

Необхідно зазначити, що чинним законодавством не регламентовано процес оформлення завдатку і застави в ході проведення конкурсних торгів.

Приклад забезпечення у формі завдатку, що вимагається документацією торгів

Розмір забезпечення пропозиції конкурсних торгів становить: 178 000,00 (сто сімдесят вісім тисяч) грн. Вид забезпечення пропозиції конкурсних торгів: завдаток.

Забезпечення пропозиції конкурсних торгів вноситься учасником шляхом надання у



складі пропозиції конкурсних торгів підписаного з обох сторін договору завдатку виключно за формою, наданою в додатку № 7 до документації конкурсних торгів, та перерахування відповідної суми на вказаний у договорі розрахунковий рахунок замовника не пізніше ніж за один робочий день до дати розкриття пропозицій конкурсних торгів. Підтвердженням надання забезпечення пропозиції конкурсних торгів є наявність у пропозиції учасника оригіналу платіжного доручення з відміткою банку про перерахування суми забезпечення пропозиції конкурсних торгів.

Депозит

За договором банківського вкладу (депозиту) одна сторона (банк), що прийняла від другої сторони (вкладника) або для неї грошову суму (вклад), що надійшла, зобов'язується виплачувати вкладникові таку суму та проценти на неї або дохід в іншій формі на умовах та в порядку, установлених договором (ст. 1058 ЦКУ). Як і два попередні види, депозит гарантує замовникові отримання забезпечення, а в учасника вилучаються обігові кошти, без додаткової підготовки документів.

Приклад забезпечення у формі депозиту, що вимагається документацією торгів

Видом забезпечення пропозиції конкурсних торгів є депозит. Розмір депозиту становить 10 000,00 (десять тисяч грн 00 коп.). Підтвердженням надання забезпечення пропозиції конкурсних торгів є наявність у пропозиції учасника завіреної банком копії договору депозиту з банком та копії документу від цієї банківської установи, яким банк підтверджує, що відповідна сума депозиту, яка вказана в договорі, є забезпеченням пропозиції конкурсних торгів учасника даної процедури закупівлі. У разі надання забезпечення конкурсних торгів у формі депозиту замовник повертає учасникові всю суму депозиту разом з нарахованими відсотками банку, в якому було розміщено депозит. У разі коли забезпечення конкурсних торгів (депозит) вноситься за учасника будь-яким іншим підприємством, установою чи організацією, учасник повинен погодити таке рішення із замовником до подання пропозиції конкурсних торгів.

Гарантія

Найбільш популярним серед організаторів торгів є такий вид забезпечення, як гарантія. За гарантією банк, інша фінансова установа, страхова організація (гарант) гарантує перед кредитором (бенефіціаром) виконання боржником (принципалом) свого обов'язку. Гарант відповідає перед кредитором за порушення зобов'язання боржником (ст. 560 ЦКУ). Такий вид забезпечення, з одного боку, дає можливість учасникові самостійно обрати гаранта, що є безумовною перевагою, а з іншого, – змушує зібрати пакет документів для отримання

гарантії і тимчасово вилучити активи. Для організаторів торгів такий вид забезпечення дає можливість гарантованого отримання забезпечення пропозицій конкурсних торгів у разі порушень учасником, проте змушує здійснити додаткову юридичну перевірку наданих гарантій.

Приклад забезпечення у формі гарантії, що вимагається документацією торгів

Пропозиція конкурсних торгів обов'язково супроводжується документом, що підтверджує внесення забезпечення пропозиції конкурсних торгів, яке має бути подане у вигляді банківської гарантії (оригінал) на суму: 25 000,00 (двадцять п'ять тисяч) грн. До банківської гарантії обов'язково повинна додаватися копія ліцензії НБУ. Надана як забезпечення пропозиції конкурсних торгів банківська гарантія повинна свідчити про обов'язок банку сплатити на користь замовника суму забезпечення у випадках, передбачених п. 4.2 Розділу 3 цієї документації конкурсних торгів.

Національне законодавство передбачає низку форм гарантій.

Залежно від умов вимоги платежу гарантії можна розділити:

умовна — гарантія, за якою банк-гарант у разі порушення принципалом свого зобов'язання, забезпеченого гарантією, сплачує кошти бенефіціару на підставі вимоги бенефіціара та в разі виконання ним відповідних умов або подання документів, зазначених у гарантії;

безумовна — гарантія, за якою банк-гарант у разі порушення принципалом свого зобов'язання, забезпеченого гарантією, сплачує кошти бенефіціару за першою його вимогою без подання будь-яких інших документів або виконання будь-яких інших умов.

За видом забезпечення банківські гарантії діляться:

покрита — гарантія видається за умови перерахування принципалом відповідного грошового забезпечення на рахунок покриття;

непокрита — гарантія видається за умови надання принципалом застави. Заставою може виступати депозит, нерухомість. Інші види застави — за індивідуальним узгодженням.

Залежно від умов внесення змін можна розділити:

відклична — гарантія, умови якої можуть бути в будь-який час змінені і вона може бути відкликана банком-гарантом за заявою принципала без попереднього

повідомлення бенефіціара;

безвідклична — гарантія, умови якої не можуть бути змінені і вона не може бути припинена банком-гарантом згідно із заявою принципала без згоди та погодження з бенефіціаром; якщо в гарантії немає прямого застереження про її відкличність, вона є безвідкличною (ч. 3 ст. 561 ЦК України).

Також банк-гарант може надавати такі види гарантій: гарантії платежу; гарантії забезпечення пропозицій; гарантії виконання зобов'язань; гарантії авансового платежу; гарантії повернення кредиту та інші види.

Розглянемо детальніше поняття банківських гарантій як забезпечення пропозиції торгів. Банківська гарантія — письмове зобов'язання банку-гаранта, яке видане за наказом клієнта, що бере участь у торгах, на користь сторони, яка є організатором процедури закупівлі, сплатити останньому визначену суму за порушення учасником вимог замовника, договору в частині відмови від його реалізації після того, як він став переможцем.

Відповідно до статті 24 Закону розмір забезпечення пропозиції конкурсних торгів у грошовому виразі не може перевищувати 0,5 відсотка очікуваної вартості закупівлі в разі проведення торгів на закупівлю робіт і 3 відсотки — у разі проведення торгів на закупівлю товарів чи послуг на умовах, визначених документацією конкурсних торгів.

Процедура надання банківської гарантії

Регулювання порядку, умов надання банками гарантій та їх виконання здійснюється згідно з Постановою Національного банку України «Про затвердження положення про порядок здійснення банками операцій за гарантіями в національній та іноземних валютах» від 15.12.2004 № 639 (далі — Постанова).

Процедура надання банківської гарантії зазвичай займає декілька днів і містить такі етапи:

Принципал подає до банку-гаранта заяву про надання гарантії.

Вирішенню питання про надання гарантії передують аналіз фінансово-господарської діяльності потенційного принципала, визначення його кредитно- і платоспроможності. Для цього при зверненні до банку-гаранта разом із заявою про надання гарантії принципал подає такі документи: копію документації конкурсних торгів, копії установчих документів, фінансові звіти за останні звітні періоди та інші документи відповідно до внутрішніх положень банку-гаранта про надання гарантій.

Банк-гарант розглядає подані документи, перевіряє їх достовірність, рівень забезпечення гарантії та приймає рішення про надання гарантії або про відмову в її

наданні.

Оригінал гарантії разом із супровідним листом спрямовується безпосередньо представникові бенефіціара або принципалу для передання її бенефіціару.

Надання банком інших документів разом з банківською гарантією не передбачено ні Постановою, ні іншими законодавчими актами.

Проте замовники торгів разом з банківською гарантією нерідко вимагають ряд копій та оригіналів банківських документів. Такими, наприклад, можуть бути: довідка з Національного банку України про виконання банківською установою економічних нормативів НБУ, довідка Національного банку України про відсутність банківської установи в переліку банків, які знаходяться на ліквідації, довіреність, яка уповноважує особу на підписання гарантії з боку банку, ліцензія на право надання банківських послуг, звіт про фінансовий стан банку, звіт про прибутки і збитки, оригінал довідки ДПІ, оригінал довідки територіального органу Мін'юсту про відсутність в Єдиному реєстрі підприємств, щодо яких порушено провадження у справі про банкрутство.

Подібні вимоги замовників значно ускладнюють процедуру підготовки пропозицій, а в окремих випадках і взагалі її унеможливають. Навіть скориставшись способами захисту своїх прав, передбачених статтею 18 Закону, не завжди вдається усунути вказані вимоги з документації конкурсних торгів.

Постійно діюча адміністративна колегія Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері державних закупівель у своєму рішенні від 22.11.2012 № 1273-р/пк-ск дійшла висновку, що інформація щодо фінансової звітності банку-гаранта не є комерційною таємницею, а є загальнодоступною. Разом із цим Колегією зазначено, що скаржником не надано підтвердження щодо неможливості надання у складі пропозиції конкурсних торгів копії документа, який підтверджує справжність підпису та повноваження відповідної посадової особи банку-гаранта та копії звіту про прибутки та збитки, копії балансу такої банківської установи. Тому в Колегії відсутні підстави для задоволення скарги в цій частині.

За результатами розгляду іншої скарги учасника частково вдалося усунути дискримінаційні вимоги. Зокрема, рішення Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері державних закупівель від 19.09.2013 № 1576-р/пк-ск містить відомості про те, що замовником виключено вимоги щодо надання низки документів до банківської гарантії, а саме: оригіналу довідки з Національного банку України про виконання банківською установою, яка надає гарантію, економічних нормативів НБУ та оригіналу довідки з Національного банку України про відсутність банківської установи, яка надає гарантію, у переліку банків, які знаходяться на ліквідації (або про відсутність таких підстав чи інформування про роботу банку в загальному режимі).



Виходячи з вищенаведеного, застосування поруки, гарантії, застави, завдатку чи депозиту як забезпечення пропозиції чи виконання договору призводить до низки складнощів та додаткових зусиль не тільки з боку учасників, а й із боку замовників торгів. **Разом з тим статті 24 та 26 Закону не зобов'язують, а лише надають право провести процедуру закупівель зі встановленням** вимог щодо надання забезпечення, тому остаточний вибір про їх застосування залишається лише за їх організатором.