

# Три основні умови відхилення недобросовісного учасника

*Підстави відмовити учаснику та відхилити його тендерну пропозицію завжди в епіцентрі подій для обох сторін закупівельного процесу. Зокрема, можливість відхилити учасника за невиконання попереднього договору про закупівлю досі викликає безліч дискусій та потребує певних уточнень. У цій статті конкретизовано три умови, дотримання яких сприятиме правильному її застосуванню та уникненню безпідставного відхилення учасника. Відповідь побудована на роз'ясненні Уповноваженого органу. Що ще? Читайте в статті.*

У процесі виконання договору про закупівлю нерідко у сторін може виникнути необхідність його дострокового розірвання. Найчастіше відповідальним за розірвання виступає постачальник / надавач послуг / виконавець робіт. Для захисту від недобросовісних учасників замовники аналізують їх. Перевірити учасників можна за допомогою різноманітних джерел: онлайн-ресурсів, аналітичних платформ, відкритих реєстрів та податкової. Додатковим захистом є вимога щодо забезпечення виконання договору про закупівлю. Однак більшість замовників не вживають заходів для зменшення ризиків невиконання договору про закупівлю зі сторони постачальника / надавача послуг / виконавця робіт. Загалом замовники реагують, коли вже виникають проблеми. Чи можна їм запобігти ще на етапі проведення процедури закупівлі та як убезпечити себе від недобросовісного учасника?

Чинною редакцією Закону України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон) підстави для відмови в участі у процедурі закупівлі доповнено положенням частини 2 статті 17 Закону, яким надано право замовнику публічної закупівлі прийняти рішення про відмову учаснику в участі у процедурі закупівлі та можливість відхилити тендерну пропозицію учасника в разі, якщо учасник процедури закупівлі не виконав свої зобов'язання за раніше укладеним договором про закупівлю з цим самим замовником, що призвело до його дострокового розірвання, і було застосовано санкції у вигляді штрафів та / або відшкодування збитків — протягом трьох років з дати дострокового розірвання такого договору. Щоби краще зрозуміти, як працює ця підстава на практиці та які особливості її застосування, розглянемо роз'яснення Уповноваженого органу.

**Так, на офіційний сайт Уповноваженого органу надійшов запит за № 74/2020 від фізичної особи «Т» такого змісту:** «...Замовник може прийняти рішення про відмову учаснику в участі у процедурі закупівлі та може відхилити тендерну пропозицію учасника в разі, якщо учасник процедури закупівлі не виконав свої зобов'язання за раніше укладеним договором про закупівлю з цим самим замовником, що призвело до його дострокового розірвання. Тут мається на увазі невиконання зобов'язань перед цим же замовником чи перед будь-яким іншим? І взагалі: якими документами слід обґрунтовувати розірвання договорів про закупівлю з недобросовісними виконавцями? Тільки рішенням

суду чи це може бути просто акт? Якщо це просто акт, чи потрібно його десь реєструвати?».

**Відповідь Мінекономіки з цього питання така:** «Відповідно до частини 2 статті 17 Закону замовник може прийняти рішення про відмову учаснику в участі у процедурі закупівлі та може відхилити тендерну пропозицію учасника в разі, якщо учасник процедури закупівлі не виконав свої зобов'язання за раніше укладеним договором про закупівлю з цим самим замовником, що призвело до його дострокового розірвання, і було застосовано санкції у вигляді штрафів та / або відшкодування збитків — протягом трьох років з дати дострокового розірвання такого договору.

Відповідно до статті 651 Цивільного кодексу України (далі — ЦК України) зміна або розірвання договору допускається лише за згодою сторін, якщо інше не встановлено договором або законом. Договір може бути змінено або розірвано за рішенням суду на вимогу однієї із сторін у разі істотного порушення договору другою стороною та в інших випадках, встановлених договором або законом.

Відповідно до частини 1 статті 611 ЦК України у разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом: 1) припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору; 2) зміна умов зобов'язання; 3) сплата неустойки; 4) відшкодування збитків та моральної шкоди.

Разом з тим згідно з частиною 1 статті 216 Господарського кодексу України (далі — ГК України) учасники господарських відносин несуть господарсько-правову відповідальність за правопорушення у сфері господарювання шляхом застосування до правопорушників господарських санкцій на підставах і в порядку, передбачених цим Кодексом, іншими законами та договором.

Частиною 2 статті 217 ГК України визначено види господарських санкцій: відшкодування збитків, штрафні санкції, оперативно-господарські санкції.

Статтею 615 ЦК України встановлено, що у разі порушення зобов'язання однією стороною друга сторона має право частково або в повному обсязі відмовитися від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом. Одностороння відмова від зобов'язання не звільняє винну сторону від відповідальності за порушення зобов'язання.

Водночас статтею 222 ГК України передбачений досудовий порядок реалізації господарсько-правової відповідальності, згідно з якою учасники господарських відносин, що порушили майнові права або законні інтереси інших суб'єктів, зобов'язані поновити їх, не чекаючи пред'явлення їм претензії чи звернення до суду. У разі необхідності відшкодування збитків або застосування інших санкцій суб'єкт господарювання чи інша юридична особа — учасник господарських відносин, чиї права або законні інтереси порушено, з метою безпосереднього врегулювання спору з порушником цих прав або інтересів має право звернутися до нього з письмовою претензією, якщо інше не встановлено законом.

*Ураховуючи викладене, для реалізації права замовника на майбутнє відмовити учаснику в участі у процедурі закупівлі замовникові слід передбачати відповідні умови у проєкті договору та договорі про закупівлю щодо порядку розірвання такого договору про закупівлю, застосування санкцій у вигляді штрафів та / або відшкодування збитків.*

*При цьому відмова в участі можлива саме у випадку, якщо щодо учасника за раніше укладеним з ним договором про закупівлю наявні факти одночасно невиконання зобов'язання, дострокового розірвання такого договору про закупівлю, накладення санкцій у вигляді штрафу та / або відшкодування збитків, незалежно від способу розірвання такого договору про закупівлю, накладення санкцій у вигляді штрафу та / або відшкодування збитків у судовому або добровільному порядку».*

## Коментар редакції

Законом надано право замовнику прийняти рішення про відмову учаснику в участі у процедурі закупівлі та відхилити його тендерну пропозицію у разі невиконання своїх зобов'язань за раніше укладеним договором про закупівлю.

**Важливо!** Можливість відмовити учаснику в участі у процедурі закупівлі та відхилити тендерну пропозицію такого учасника **є лише правом, а не обов'язком замовника.**

Однак для правомірної реалізації встановленого законодавством права необхідна одночасна наявність трьох умов.

**Умова 1** — невиконання учасником своїх зобов'язань за раніше укладеним договором про закупівлю з цим самим замовником, що призвело до його дострокового розірвання.

За цією підставою реалізувати своє право відмовити в участі учаснику або відхилити тендерну пропозицію замовник може тільки в разі невиконання зобов'язань за договором про закупівлю, **укладеним безпосередньо з цим замовником.** Отже, наявність підтвердженої інформації щодо невиконання умов договору про закупівлю з будь-яким іншим замовником не може розглядатися як підстава для його відхилення.

**Умова 2** — застосування санкцій у вигляді штрафів та / або відшкодування збитків.

**Важливо!** Законодавець вжив у конструкції цієї умови сполучники «та / або». Це означає, що санкції у вигляді штрафів і відшкодування збитків до учасника могли застосувати одночасно. А могли й застосувати щось одне — або штраф, або відшкодування збитків.

Термін «застосування санкцій у вигляді штрафів та / або відшкодування збитків» передбачає не тільки судове врегулювання спору, а й досудове. Тобто нагадування боржнику про існування боргу і пропозиція добровільно виконати свої зобов'язання з оплати простроченої заборгованості у вигляді звернення до нього з письмовою претензією, яка складається у довільній формі відповідно до вимог, зазначених у Законі або договорі про закупівлю щодо стягнення штрафів та / або відшкодування збитків внаслідок невиконання, охоплюється поняттям «застосування санкцій», незалежно від

фактичного відшкодування учасником таких штрафів та / або збитків. Стосовно можливості та порядку застосування господарських санкцій з прикладами умов договору про закупівлю читайте на порталі RADNUK.COM.UA у статті «[Штрафні санкції в договорі про закупівлю та їх правильне застосування в разі порушень](#)».