

# Чи вправі замовник у тендерній документації спростити вимоги до гарантії учасника: аналіз рішення АМКУ

Проаналізуємо закупівлю [UA-2021-04-01-003827-а](#) в частині правомірності встановлення замовником вимог про надання учасниками процедури закупівель гарантії, що **не повинна** містити додаткових вимог щодо підтвердження повноважень підписанта, отримання будь-яких підтверджень щодо правомірності стягнення забезпечення тендерної пропозиції.

## Позиція скаржника

Відповідно до частини 2 розділу «Інструкція з підготовки тендерної пропозиції» замовник зазначає, що текст банківської гарантії / контргарантії / стендбай акредитиву *не може містити умов* про ускладнення процедури оплати банком-гарантом суми, на яку видано гарантію (**додаткового підтвердження повноважень підписанта, отримання будь-яких підтверджень щодо правомірності стягнення забезпечення тендерної пропозиції тощо**).

Дане положення документації суперечить чинному законодавству, а саме: *наказу Міністерства розвитку економіки, торгівлі та сільського господарства України «Про затвердження форми і вимог до забезпечення тендерної пропозиції / пропозиції» від 14.12.2020 № 2628, зареєстрованому в Міністерстві юстиції України від 03.03.2021 за № 275/35897 (далі — Наказ № 2628)*, оскільки цим наказом затверджено форму забезпечення тендерної пропозиції / пропозиції.

Дана форма містить такі положення: вимога може бути передана через банк бенефіціара, який підтвердить автентичним SWIFT-повідомленням на SWIFT-адресу гаранта достовірність підписів та печатки бенефіціара (у разі наявності) на вимозі та повноваження особи (осіб), що підписала(и) вимогу (у разі, якщо гарантом є банк). Вимога повинна супроводжуватися копіями документів, засвідчених бенефіціаром та скріплених печаткою бенефіціара (у разі наявності), що підтверджують повноваження особи (осіб), що підписала(и) вимогу.

Дані розбіжності є дискримінаційними та створюють поле для прийняття замовником різних рішень, які будуть несправедливими щодо учасників, зокрема, скаржника.

## Позиція замовника

Частина 2 Розділу «Інструкція з підготовки тендерної пропозиції» вказує, що банківська гарантія / стенбай акредитив, її форма та зміст *повинні відповідати вимогам цивільного*

законодавства України. Тобто банківська гарантія / стенбай акредитив повинні надаватися за формою, яка затверджена чинним законодавством України (у тому числі Наказом № 2628), та відповідати всім вимогам чинного законодавства України.

Так, з метою уникнення ускладнень процедури оплати банком-гарантом суми, на яку видано гарантію, замовник вказує, що банківська гарантія / стенбай акредитив не повинні містити додаткових вимог щодо підтвердження повноважень підписанта, отримання будь-яких підтверджень щодо правомірності стягнення забезпечення пропозиції, окрім тих, які визначені законодавством (у тому числі Наказом № 2628).

Дана вимога не є дискримінаційною для скаржника, тому що він знаходиться в рівних умовах з іншими потенційними учасниками.

## Позиція Органу оскарження

Відповідно до пункту 2 розділу «Інструкція з підготовки тендерної пропозиції» документації текст банківської гарантії / контргарантії / стендбай акредитиву не може містити, зокрема, умов про ускладнення процедури оплати банком-гарантом суми, на яку видано гарантію (додаткового підтвердження повноважень підписанта, отримання будь-яких підтверджень щодо правомірності стягнення забезпечення тендерної пропозиції тощо).

Відповідно до пункту 3 форми забезпечення тендерної пропозиції / пропозиції, затвердженої Наказом № 2628, вимога може бути передана через банк бенефіціара, який підтвердить автентичним SWIFT-повідомленням на SWIFT-адресу гаранта достовірність підписів та печатки бенефіціара (у разі наявності) на вимозі та повноваження особи (осіб), що підписала(и) вимогу (у разі, якщо гарантом є банк).

**Вимога повинна супроводжуватися копіями документів, засвідчених бенефіціаром та скріплених печаткою бенефіціара (у разі наявності), що підтверджують повноваження особи (осіб), що підписала(и) вимогу.**

Відповідно до пункту 5 Наказу № 2628 передбачено, що **гарантія та договір, який укладається між гарантом та принципалом, не може містити додаткових умов щодо:**

вимог надання принципалом листів або інших документів (крім випадків надання принципалом повідомлення гаранту про настання обставин, за яких строк дії гарантії вважається закінченим, зазначених у абзаці четвертому пункту 4 форми);

вимог надання третіми особами листів або документів, що підтверджують факт настання гарантійного випадку;

можливості часткової сплати суми гарантії.

Враховуючи наведене, встановлені **замовником у документації вимоги не узгоджуються з вимогами законодавства**, що не дає належним чином учасникам сформувані свої пропозиції, що є дискримінаційним по відношенню до суб'єктів господарювання, зокрема скаржника.

**Дії замовника** в частині встановлення у документації наведених вище вимог **порушують вимоги частини 4 статті 5 та частини 4 статті 22 Закону, якими передбачена недискримінація учасників**, а також права та законні інтереси скаржника, пов'язані з його участю у процедурі закупівлі, та принципи недискримінації учасників, відкритості та прозорості на всіх стадіях закупівель, передбачені частиною 1 статті 5 Закону.

Враховуючи вищевикладене, замовник повинен усунути наведені вище невідповідності шляхом внесення відповідних змін до документації в цій частині.

Додатково читайте статтю [«Забезпечення тендерної пропозиції / пропозиції по-новому»](#) та ще більше практики знайдете на порталі [RADNUK.COM.UA](http://RADNUK.COM.UA) в розділі [«Практика оскарження закупівель»](#). Та не забувайте у разі виникнення питань, що стосуються проведення публічних закупівель, **долучатись до телеграм-каналу «ПоРадник у сфері публічних закупівель»**. Група для обговорення!