

Переговорна на підставі двох відмін? Врахуйте недоліки, що впливають на успішність

Сьогодні пропонуємо до уваги практику добре знайомої майже усім закупівельникам переговорної процедури закупівлі, яка за своєю суттю є суцільним виключенням з загальних правил застосування. Аби краще збагнути весь механізм її застосування на практиці, зупинимося не на головних етапах проведення, а саме на порушеннях, які мали місце під час її застосування, одночасно перетворивши отриманий досвід у перевагу.

Помилка № 1 — часткове зазначення вимог

Моніторинг: № UA-M-2021-04-20-000084
Оголошення: № [UA-2021-03-04-007267-с](#)

За результатами моніторингу встановлено: «замовник листами від 25.02.2021 за № 01-09/196 та за № 01-09/197 надіслав учасникам запрошення щодо участі у переговорній процедурі закупівлі. При цьому в листах наголошено, що відповідно до частини 2 статті 40 [Закону України "Про публічні закупівлі"](#) (далі — Закон) для участі в переговорній процедурі закупівлі необхідно надати документи, які підтверджують кваліфікаційні вимоги, що були замовником зазначені у тендерній документації, та надати підтвердження про відсутність підстав для відмови в участі у процедурі закупівлі відповідно до частини 1 статті 17 Закону.

Отже, на порушення пункту 1 частини 2 статті 40 Закону замовником вимоги до учасників переговорної процедури закупівлі встановлено лише в частині відповідності кваліфікаційним вимогам та частині 1 статті 17 Закону, **а не усім вимогам, зазначеним у тендерній документації».**

Коментар редакції

Одна з головних умов, якої повинен дотриматися замовник, оголошуючи переговорну процедуру закупівлі після двох відмінених відкритих торгів на підставі пункту 1 частини 2 статті 40 Закону, сформульована безпосередньо в цій нормі — **предмет закупівлі, його технічні та якісні характеристики, а також вимоги до учасника не повинні відрізнятися від вимог, які визначив замовник у тендерній документації.** Дана норма не обмежується кваліфікаційними вимогами та вимогами статті 17 Закону, а напряду стосується технічних та інших вимог, які було встановлено замовником у

тендерних документаціях.

Отже, **забезпечення замовником ідентичності предмета закупівлі, його технічних та якісних характеристик, а також вимог до учасника** процедури закупівлі є **прямим обов'язком замовника**.

Помилка № 2 — спосіб підтвердження інформації як один із елементів застосування переговорної процедури закупівлі

Моніторинг: UA-M-2021-04-05-000028

Оголошення: № [UA-2021-03-25-006404-b](#)

У процесі моніторингу встановлено: *«аналізом інформації, розміщеної в електронній системі закупівель, зокрема протокольного рішення уповноваженої особи замовника від 24.03.2021 № б/н щодо обрання переможця переговорної процедури закупівлі, встановлено, що в зазначеному протокольному рішенні уповноваженої особи замовника відсутня інформація про спосіб підтвердження відсутності підстав, зазначених у частині 1 статті 17 Закону, під час проведення переговорної процедури закупівлі та інформація щодо відповідності учасника вимогам, визначеним частиною 1 статті 17 Закону»*.

Коментар редакції

Ще одна винятковість переговорної процедури закупівлі— **обов'язковість зазначення способу підтвердження інформації**. Такий висновок випливає з аналізу двох норм Закону:

тендерна документація повинна містити, зокрема, один або декілька кваліфікаційних критеріїв до учасників відповідно до статті 16, вимоги, встановлені статтею 17 Закону, та інформацію про спосіб підтвердження відповідності учасників установленим критеріям і вимогам згідно із законодавством (пункт 2 частини 2 статті 22 Закону);

вимоги до учасника процедури закупівлі не повинні відрізнятися від вимог, що були визначені замовником у тендерній документації (пункт 1 частини 2 статті 40 Закону).

Дана норма виконана замовником та відображена у вимогах тендерної документації під час проведення процедури відкритих торгів (оголошення за № [UA-2021-02-11-007093-b](#) та

UA-2021-03-04-002523-b), які не відбулись унаслідок подання для участі в торгах менше двох тендерних пропозицій.

Натомість у протокольному рішенні уповноваженої особи замовника за результатами проведення переговорної процедури закупівлі відсутня інформація про спосіб підтвердження відсутності підстав, зазначених у частині 1 статті 17 Закону, під час проведення переговорної процедури закупівлі та інформація щодо відповідності учасника вимогам, визначеним частиною 1 статті 17 Закону, чим порушено вимоги пункту 1 частини 2 статті 40 Закону.

Помилка № 3 — підстави різні — процедура одна

Моніторинг: № UA-M-2021-06-02-000039
Оголошення: № [UA-2021-06-01-002487-a](#)

За результатами моніторингу процедури закупівлі встановлено: **«в повідомленні про намір укласти договір про закупівлю замовником зазначено умову застосування переговорної процедури закупівлі відповідно до пункту 2 частини 2 статті 40 Закону, а саме: відсутність конкуренції з технічних причин. При цьому в обґрунтуванні застосування переговорної процедури закупівлі у повідомленні про намір укласти договір та в протоколі переговорів від 01.06.2021 № 64 замовником зазначено посилання на експертні, нормативні, технічні та інші документи, а саме: пункт 1 частини 2 статті 40 Закону — якщо було двічі відмінено процедуру відкритих торгів, у тому числі частково (за лотом), через відсутність достатньої кількості тендерних пропозицій, визначеної цим Законом.**

Отже, документи, зазначені замовником в обґрунтуванні застосування переговорної процедури закупівлі у повідомленні про намір укласти договір, не підтверджують умову застосування переговорної процедури закупівлі відповідно до пункту 2 частини 2 статті 40 Закону, а саме: відсутність конкуренції з технічних причин».

Коментар редакції

Повідомлення про намір укласти договір про закупівлю повинно містити таку інформацію:

умову застосування переговорної процедури закупівлі відповідно до частини 2 статті 40 Закону;

обґрунтування застосування переговорної процедури закупівлі, експертні, нормативні, технічні та інші документи, що підтверджують **наявність умов застосування** переговорної процедури закупівлі.

Отже, повідомлення про намір укласти договір про закупівлю та обґрунтування застосування переговорної процедури мають бути побудовані на ідентичній інформації та приведені до єдиної умови.

З огляду на викладене, документи, зазначені замовником в обґрунтуванні застосування переговорної процедури закупівлі та у повідомленні про намір укласти договір, мають відповідати та обґрунтовувати єдину обрану підставу застосування переговорної процедури закупівлі.

Помилка № 4 — неодноразове застосування переговорної процедури закупівлі

Моніторинг: № UA-M-2021-04-08-000099
Оголошення: № [UA-2021-03-18-002208-b](#)

Моніторингом встановлено: «замовником **повторно застосовано переговорну процедуру закупівлі** за номером ID: [UA-2021-03-18-002208-b](#), підставою для якої визначено пункт 1 частини 2 статті 40 Закону, а саме: *двічі відмінено процедуру відкритих торгів, у тому числі частково (за лотом), через відсутність достатньої кількості тендерних пропозицій, визначеної Законом. При цьому предмет закупівлі, його технічні та якісні характеристики, а також вимоги до учасника процедури закупівлі не повинні відрізнятися від вимог, що були визначені замовником у тендерній документації.*

Законом не передбачено можливості повторного застосування переговорної процедури закупівлі на цій підставі».

Коментар редакції

Законом не передбачено можливості повторного застосування виняткової переговорної процедури закупівлі на підставі пункту 1 частини 2 статті 40 Закону.

Чому? Процедури закупівель відбуваються в різний проміжок часу, як наслідок, ситуація на ринку може неодноразово змінюватись, тому замовник, здійснивши відкриті зустрічі або попередній аналіз ринку, зобов'язаний відкоригувати власні вимоги, які викликають в учасників небажання / зумовлюють неможливість взяти участь у торгах з подальшим проведенням процедури закупівель відкриті торги.

Пам'ятайте! Застосування переговорної процедури на підставі двічі відміненого тендеру через відсутність достатньої кількості учасників має насамперед відповідати нормам Закону та принципам здійснення закупівель, тому право на застосування такої підстави використовують **одноразово**.

Про особливості примірної методики визначення очікуваної вартості для аналізу ринку та способи проведення консультацій читайте на порталі RADNUK.COM.UA у статті [«Попередні консультації з ринком — нові можливості для замовника та учасника»](#).

Помилка № 5 — відсутність тендерних пропозицій ≠ відхиленню

Моніторинг: UA-M-2021-04-20-000067

Оголошення: [UA-2021-03-15-004399-b](#)

У процесі моніторингу встановлено: *«перевіркою підстав щодо відміни вищевказаних процедур закупівель встановлено, що закупівля за номером [UA-2021-01-28-002315-b](#) відмінена на підставі пункту 3 частини 2 статті 32 Закону, а саме: **відхилення всіх тендерних пропозицій згідно з Законом**. Поряд з цим слід відмітити, що для участі в торгах подало тендерні пропозиції три учасники.*

*Закупівля за номером [UA-2021-02-24-005681-b](#) відмінена на підставі пункту 1 частини 2 статті 32 Закону, а саме: **подання для участі у відкритих торгах менше двох тендерних пропозицій**.*

Отже, замовник застосував переговорну процедуру закупівлі за відсутності умов, передбачених пунктом 1 частини 2 статті 40 Закону».

Коментар редакції

Однією з основних умов застосування замовником переговорної процедури як винятку є двічі відмінений тендер **через відсутність достатньої кількості учасників**. «Відсутність достатньої кількості учасників» — менше двох, оскільки саме в такому разі проведення аукціону задля визначення найкращої цінової пропозиції є недоречним та безпідставним.

Отже, головну увагу в контексті даної норми заслуговує смислове наповнення визначення «відсутність» достатньої кількості тендерних пропозицій, яке не поширює свою дію на рішення замовника щодо їх відхилення.

Висновок: якщо для участі у відкритих торгах подано декілька тендерних пропозицій, які за результатами їх розгляду замовником відхилено, то застосування переговорної процедури закупівлі у даному випадку є неправомірним.

Помилка № 6 — процедуру не відмінено — помилка, яка не залишиться поза увагою

Моніторинг: № UA-M-2021-06-16-000003
Оголошення: № [UA-2021-02-16-005100-a](#)

За результатами моніторингу питання своєчасності укладання та оприлюднення договору про закупівлю встановлено: «*станом на 17.06.2021 (дата закінчення моніторингу) процедура закупівлі знаходиться на стадії "Повідомлення про намір укласти договір"*. Отже, **договір про закупівлю по переговорній процедурі замовником не укладався та на порушення вимог пункту 5 частини 8 статті 40 Закону замовником не відмінено переговорну процедуру закупівлі у зв'язку з непідписанням договору про закупівлю у строк 35 днів з дня оприлюднення на вебпорталі Уповноваженого органу повідомлення про намір укласти договір за результатами застосування переговорної процедури закупівлі**».

Коментар редакції

Законодавцем чітко регламентовано підставу відміни закупівлі: **«переговорна процедура закупівлі відмінюється замовником у разі непідписання договору про закупівлю у строк 35 днів з дня оприлюднення в електронній системі закупівель повідомлення про намір укласти договір про закупівлю за відсутності подальшої потреби в закупівлі товарів, робіт чи послуг»**.

Відповідно до даних електронної системи закупівель повідомлення про намір укласти договір про закупівлю оприлюднено замовником 16.02.2021, отже, максимальний строк підписання сторонами договору про закупівлю — 08.03.2021. Однак станом на 17.06.2021 договір про закупівлю не підписано, процедура закупівлі знаходиться на стадії «Повідомлення про намір укласти договір», рішення про відміну тендеру не прийнято.

Слід звернути увагу, що рішення про відміну переговорної процедури закупівлі має прийняти тендерний комітет / уповноважена особа, оформивши його протоколом у довільній формі.

Помилка № 7 — відсутність обґрунтування

Моніторинг: № UA-M-2021-06-02-000037

Оголошення: № [UA-2021-05-25-003394-a](#)

За результатами моніторингу процедури закупівлі встановлено: **«повідомлення про намір укласти договір про закупівлю не містить обґрунтування застосування переговорної процедури закупівлі з посиланням на експертні, нормативні, технічні та інші документи, що підтверджують наявність умов застосування переговорної процедури закупівлі, що є порушенням вимог пункту 8 частини 6 статті 40 Закону».**

Коментар редакції

Кожний конкретний випадок вимагає максимально об'єктивного підходу до підготовки належного обґрунтування замовником застосування переговорної процедури закупівлі згідно з пунктом 1 частини 2 статті 40 Закону. Таким обґрунтуванням слугуватимуть **посилання на звітні документи замовника, пов'язані із застосуванням конкурентних процедур** (оголошення про проведення, звіт про результати проведення процедури закупівлі), **які не відбулися через відсутність достатньої кількості учасників**, предметом закупівлі яких були ті самі товари, роботи і послуги, що є предметом закупівлі у разі застосування переговорної процедури закупівлі. Радимо долучати два протокольні рішення тендерного комітету або уповноваженої особи про відміну торгів. Детальніше на порталі [RADNUK.COM.UA](#) у статті [«На поміч замовникам аналізуємо лист Мінекономіки щодо переговорної процедури»](#).

Звертаємо увагу, що з 26.06.2021 замовник має не тільки зазначити посилання на експертні, нормативні, технічні та інші документи, що підтверджують наявність умов застосування переговорної процедури закупівлі, а й додати їх до відповідного обґрунтування. Більше щодо змін до Закону читайте на порталі [RADNUK.COM.UA](#) у статті [«Зміни до Закону України “Про публічні закупівлі”»](#).

На завершення традиційно про відповідальність

Застосування переговорної процедури закупівлі на умовах, не передбачених Законом, тягне за собою накладення штрафу на службових (посадових), уповноважених осіб замовника від тисячі п'ятсот до трьох тисяч неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Окремо зауважимо, що практика притягнення до відповідальності осіб за безпідставне застосування переговорної процедури закупівлі є вельми невтішною. Чого тільки варте судові рішення у справі № 522/22383/20 від 13.01.2021, за яким суд наклав **штраф** на члена тендерного комітету **у розмірі 25 500,00 грн.** Детальніше на порталі [RADNUK.COM.UA](#) у статті [«Безпідставне проведення переговорної процедури закупівлі: практика та наслідки»](#).

Публікації на порталі [RADNUK.COM.UA](https://radnuk.com.ua) до теми:

[«Алгоритм проведення переговорної процедури»](#);

[«Підстави для застосування переговорної процедури закупівлі в разі наявності попередніх закупівель того ж предмета»](#);

[«Застосування статті 16 Закону України “Про публічні закупівлі” у переговорній процедурі закупівлі»](#);

[«Застосування статті 17 Закону України “Про публічні закупівлі” у переговорній процедурі закупівель»](#).

Додатково пропонуємо переглянути вебінар на тему: Особливості проведення переговорної процедури закупівлі на підставі двох відмін