

Що очікувати при встановленні критерію — наявність МТБ без урахування нотаріального посвідчення?

Пунктом 2 частини 2 статті 22 [Закону України «Про публічні закупівлі»](#) (далі — Закон) передбачено обов'язок замовника зазначити в тендерній документації, зокрема, такі відомості: один або декілька кваліфікаційних критеріїв відповідно до статті 16 Закону та інформацію про спосіб підтвердження відповідності учасників установленим критеріям. Оскільки уповноважені особи та / або члени тендерного комітету зазвичай не є юристами, то вони можуть упустити важливі аспекти, які регламентують Цивільний кодекс України та / або [Господарський кодекс України](#). Розібратися з тим, яку вимогу замовнику варто зазначати у разі встановлення такого кваліфікаційного критерію, як наявність обладнання, матеріально технічної бази (далі — МТБ) та технологій, допоможе ця стаття.

Моніторинг: № UA-M-2021-08-19-000014

Оголошення: № [UA-2021-06-25-002823-a](#)

Після аналізу питання відповідності пропозиції ПП «Р» вимогам тендерної документації встановлено таке: *«згідно з пунктом 1.1. Наявність в учасника процедури закупівлі обладнання, матеріально-технічної бази та технологій додатка 2 „Перелік документів, які вимагаються для підтвердження відповідності пропозиції учасника кваліфікаційним та іншим вимогам замовника“ тендерної документації замовником зазначено вимогу „У разі відсутності власного обладнання та матеріально-технічної бази та / або використання їх на договірних умовах про це зазначається у довідці із наданням сканкопій оригіналів документів, що підтверджують право користування обладнанням та матеріально-технічною базою (копії договорів, на підставі яких учасник користується обладнанням чи матеріально-технічною базою)“.*

ПП „Р“ подано у складі тендерної пропозиції довідку про наявність у учасника торгів обладнання та матеріально-технічної бази, необхідних для виконання робіт за предметом закупівлі від 02.07.2021 № 01-02/181, у якій вказано орендовану техніку, а саме фургон Mercedes Benz.

На підтвердження вищезазначеного ПП „Р“ подано у складі тендерної пропозиції договір оренди транспортного засобу від 10.03.2021 № 1, укладений з громадянином Заблоцьким Михайлом Євгеновичем, який не відповідає вимогам законодавства, оскільки нотаріально не посвідчений.

Замовником не враховано, що згідно з частиною 2 статті 799 Цивільного кодексу України

(далі — ЦК України) договір найму транспортного засобу за участю фізичної особи підлягає нотаріальному посвідченню.

Статтею 220 ЦК України передбачено, що в разі недодержання сторонами вимоги закону про нотаріальне посвідчення договору такий договір є нікчемним. При чому, згідно з частиною 1 статті 236 ЦК України, нікчемний правочин є недійсним з моменту його вчинення. Згідно з частиною 1 та 4 статті 216 ЦК України недійсний правочин не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю. Правові наслідки недійсності нікчемного правочину, які встановлені законом, не можуть змінюватися за домовленістю сторін.

Таким чином, учасником закупівлі ПП „Р“ не підтверджено право користування транспортним засобом.

Однак на порушення пункту 1 частини 1 статті 31 Закону замовником не відхилено тендерну пропозицію ПП „Р“ (як таку, що не відповідає кваліфікаційним критеріям та вимогам тендерної документації), а визначено його переможцем та укладено з ним договір від 18.08.2021 № 580 на суму 1 869 727,72 грн.

Поряд з цим моніторингом встановлено, що замовник не дотримався термінів та в електронній системі закупівель не оприлюднив договір від 18.08.2021 № 580 в цілому, а саме додаток 2 календарний графік фінансування, чим порушив пункт 10 частини 1 статті 10 Закону».

Висновок про наявність або відсутність порушень: за результатами аналізу питання дотримання замовником законодавства у сфері публічних закупівель щодо розгляду тендерних пропозицій встановлено порушення вимог пункту 1 частини 1 статті 31 Закону.

Зобов'язання щодо усунення порушення: з огляду на встановлені порушення законодавства у сфері закупівель, керуючись статтями 2 та 5 Закону України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні», Управління Західного офісу Держаудитслужби в Тернопільській області зобов'язує вжити заходів щодо усунення виявлених порушень у встановленому законодавством порядку, зокрема, у межах законодавства вжити заходів щодо розірвання договору підряду від 18.08.2021 № 580 з дотриманням положень Господарського кодексу України та Цивільного кодексу України та протягом п'яти робочих днів з дня оприлюднення висновку оприлюднити через електронну систему закупівель інформацію та / або документи, що свідчать про усунення порушень законодавства у сфері публічних закупівель, викладених у висновку, або аргументовані заперечення до висновку, або інформацію про причини неможливості усунення виявлених порушень.

Коментар редакції: зрозуміло, що вказаний матеріал присвячений одному із вичерпного переліку кваліфікаційних критеріїв, встановлених у статті 16 Закону, — наявність обладнання, МТБ та технологій. А якщо конкретніше — особливостям обладнання, МТБ та технологій учасника, які перебувають на правах оренди.

Правильно встановлені вимоги в тендерній документації — перший крок до успіху

Закон не містить вимог до способу документального підтвердження відповідності учасників кваліфікаційним критеріям. Замовник самостійно визначає кваліфікаційні критерії з тих, що передбачені статтею 16 Закону, та вказує у тендерній документації інформацію про спосіб підтвердження відповідності учасників установленим критеріям (роз'яснення Мінекономіки № [3302-06/3812-06 від 07.02.2017](#)).

Висновок: зміст інформації, яку необхідно підтвердити, а також перелік документів, якими учасник повинен підтвердити свою відповідність зазначеним критеріям, встановленим у тендерній документації, визначається замовником самостійно згідно із законодавством, з огляду на специфіку предмета закупівлі, з урахуванням частини 4 статті 5 Закону, якою встановлено, що замовники не мають права встановлювати жодних дискримінаційних вимог до учасників, та з дотриманням принципів, закріплених у частині 1 статті 5 Закону, не призводячи своїми діями до штучного або умисного обмеження потенційного кола учасників.

Повернемося до вимоги тендерної документації, встановленої замовником у запропонованому до розгляду висновку моніторингу:

«У разі відсутності власного обладнання та матеріально-технічної бази та / або використання їх на договірних умовах про це зазначається у довідці із наданням сканкопій оригіналів документів, що підтверджують право користування обладнанням та матеріально-технічною базою (копії договорів, на підставі яких учасник користується обладнанням чи матеріально-технічною базою)».

З огляду на зміст пункту 32 частини 1 статті 1 Закону **учасник подає замовнику тендерну пропозицію** щодо предмета закупівлі або його частини (лота) **відповідно до вимог тендерної документації**.

Водночас умовами тендерної документації не передбачено обов'язковості нотаріального посвідчення укладеного сторонами договору оренди, що спростовує невідповідність тендерної пропозиції у даному випадку.

Однак аудитори у своїх доводах щодо відсутності права на користування транспортним засобом вважають достатнім посилання лише на норми ЦКУ:

частину 2 статті 799 ЦКУ — **договір найму транспортного засобу за участю фізичної особи підлягає нотаріальному посвідченню;**

статтю 220 ЦК України, якою передбачено, що в разі недодержання сторонами

вимоги закону про нотаріальне посвідчення договору такий договір є нікчемним;

частину 1 статті 236 ЦКУ, згідно з якою нікчемний правочин є недійсним з моменту його вчинення;

частини 1 та 4 статті 216 ЦКУ, згідно з якими недійсний правочин не створює юридичних наслідків, крім тих, що пов'язані з його недійсністю.

Аналогічної позиції дотримується Суворовський районний суд м. Одеси у своєму рішенні від 03.08.2021, справа № 523/6016/21, яким притягнуто службову (посадову) особу замовника до адміністративної відповідальності згідно з частиною 3 статті 164-14 [КУпАП](#) та зобов'язано сплатити штраф у сумі 25 500 грн за невідхилення тендерної пропозиції переможця ТОВ «А» у зв'язку з наданням **договору оренди**, предметом якого є тимчасове платне користування виробничими та адміністративно-побутовими, складськими приміщеннями, строк дії якого складає три роки **без відповідного нотаріального посвідчення**.

Цікавим є той факт, що умовами тендерної документації також передбачено надання учасником у складі тендерної пропозиції лише договору оренди на складські приміщення без конкретизації наявності нотаріального посвідчення.

Однак і тут ключову роль відіграв ЦКУ, частиною 2 статті 793 якого визначено, що **договір найму** будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини) **строком на три роки і більше підлягає нотаріальному посвідченню**.

Як бачимо, незнання сторонами закупівельного процесу ЦКУ не звільняє жодного з них від відповідальності, наслідком якого в першому випадку є розірвання укладеного за результатами процедури закупівлі договору про закупівлю, а у іншому — адмінштраф у вельми відчутному розмірі.

Детальніше про зміст та висновки суду читайте на порталі [RADNUK.COM.UA](#) у статті [«Строк дії договору оренди МТБ 3 роки, чи потрібне нотаріальне посвідчення? Позиція суду»](#).

Враховуючи той факт, що, з одного боку, мета замовника — отримати надійного постачальника товару / надавача послуг / виконавця робіт, а з іншого — не потрапити в безкінечний процес оскаржень та перевірок, наведемо приклад, яким саме чином у тендерній документації визначити спосіб документального підтвердження у разі перебування обладнання та матеріально-технічної бази на правах оренди.

Приклад

№ з/п	Кваліфікаційні критерії	Документи та інформація, які підтверджують відповідність учасника кваліфікаційним критеріям
1	Наявність обладнання, матеріально-технічної бази та технологій* * Під час закупівлі робіт або послуг у разі встановлення кваліфікаційного критерію, такого як наявність обладнання, матеріально-технічної бази та технологій та / або наявність працівників, які мають необхідні знання та досвід, учасник може для підтвердження своєї відповідності такому критерію залучити спроможності інших суб'єктів господарювання як субпідрядників / співвиконавців	1.1. Довідка в довільній формі про наявність обладнання, матеріально-технічної бази та технологій, необхідних для надання послуг / виконання робіт, визначених у технічних вимогах, із зазначенням найменування, кількості та правової підстави володіння / користування. На підтвердження інформації стосовно наявності обладнання й матеріально-технічної бази, зазначеної в довідці, учасник має надати документи / документ, на підтвердження права власності / володіння / користування тощо відповідним майном. При цьому договір найму будівлі або іншої капітальної споруди (їхньої окремої частини) строком на три роки і більше, а також договір найму (оренди) транспортного засобу за участі фізичної особи в разі їх надання учасником мають бути засвідчені нотаріально. На підтвердження інформації стосовно наявності технологій, необхідних для надання послуг / виконання робіт, визначених у технічних вимогах, учасник повинен надати інформацію про патент або наявність ліцензії, або інший документ, що підтверджує право використання учасником технологій, визначених у технічних вимогах до предмета закупівлі.

Окремо акцентуємо увагу, що підтверджувати наявність МТБ можуть: документи, що підтверджують право власності на МТБ (договори купівлі-продажу, свідоцтво про право власності, свідоцтво про реєстрацію транспортного засобу та інші) та / або договори оренди / суборенди, та / або договори лізингу, та / або договори позики, та / або договори надання послуг тощо. З огляду на викладене, рекомендуємо не звужувати перелік підтверджуваних документів, аби не допустити дискримінації учасників.

А що ж учасник?

Якщо особа, яка має намір взяти участь у торгах, вважає положення тендерної документації, у тому числі вимоги замовника щодо способу документального підтвердження учасником кваліфікаційних критеріїв, такими, що суперечать законодавству або обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації, така особа може:

При повному або частковому копіюванні чи цитуванні будь-якої інформації з порталу "Радник у сфері публічних закупівель" ви зобов'язані вказувати джерело інформації (ст. 176 ККУ). Джерело: https://radnuk.com.ua/praktyka_zakupivel/monitoring-zakupivel/shcho-ochikuvaty-pry-vstanovlenni-kryteriiu-naiavnist-mtb-bez-urakhuvannia-notarialnoho-posvidchennia/

звернутися до замовника за роз'ясненнями щодо тендерної документації та / або з пропозицією щодо внесення змін до неї (частина 1 статті 24 Закону);

оскаржити положення тендерної документації до органу оскарження — Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України (стаття 18 Закону).

Отже, якби учасник знав норми ЦКУ щодо укладення договорів оренди та своєчасно скористався своїм правом на звернення, наслідків у вигляді розірвання договору про закупівлю можна було б уникнути.

Підведемо ризику

Договір оренди приміщення / транспортного засобу будь-яка фізична особа може укласти у двох юридичних статусах. Насамперед як зареєстрований суб'єкт підприємницької діяльності і як звичайна фізична особа.

ЦКУ визначено три обов'язкові умови для укладення будь-якого договору оренди нерухомості / транспортного засобу фізичною особою на території України:

по-перше, договір оренди будівлі або її частини, іншої капітальної споруди / транспортного засобу **укладається виключно у письмовій формі**. Будь-яка інша форма укладення договору веде до того, що договір визнається недійсним;

по-друге, у випадку, коли **договір оренди (найму) будівлі або іншої капітальної споруди (їх окремої частини) укладається на строк більше 3-х років**, то він **підлягає обов'язковому нотаріальному посвідченню**;

по-третє, **договір найму транспортного засобу за участю фізичної особи підлягає нотаріальному посвідченню**.