

Замовник не встановив спосіб надсилання договору про закупівлю переможцю: порушення?

Питання читача

Добрий день! Тендерна документація містить таку умову: «Остаточна редакція договору про закупівлю... надсилається переможцю у спосіб, обраний замовником. Переможець повинен підписати 2 примірники договору про закупівлю у строки, визначені пунктом 1 цього розділу, та у день підписання передати замовнику один примірник договору про закупівлю. Непідписання переможцем договору про закупівлю та / або непередання одного примірника цього договору про закупівлю у вказаний строк буде розцінено як відмова переможця від укладення договору про закупівлю». Чи правомірна така вимога замовника?

Відповідь експерта

Вітаю! Статтю 5 [Закону України «Про публічні закупівлі»](#) (далі — Закон) встановлено принципи, за якими повинні відбуватися публічні закупівлі. Одним із них є запобігання корупційним діям і зловживанням. **Принцип запобігання корупційним діям і зловживанням забезпечується, зокрема, через прозорість і доступність інформації про закупівлі.** З даного приводу стане у пригоді практична стаття зі зразками відповідних документів «[Етична поведінка в публічних закупівлях: як виконати вимогу замовника?](#)».

Порушення принципів, за якими повинні відбуватися публічні закупівлі, може мати негативні наслідки для всіх учасників закупівельного процесу: від штрафів на уповноважених осіб замовника до проблем із отриманням предмета закупівель від постачальників.

До яких негативних наслідків може призвести невизначеність умов тендерної документації щодо надсилання переможцю процедури закупівлі договору про закупівлю у спосіб, вибраний замовником, без зазначення способу в тендерній документації, розглянемо у статті.

Приклад 1



Рішення суду у справі № 916/3557/20.

Суть спору. Згідно з пунктом 3 розділу 6 тендерної документації остаточна редакція договору про закупівлю складається замовником з урахуванням особливостей предмета закупівлі та результатів аукціону на базі проєкту договору про закупівлю, що є додатком 2 до цієї тендерної документації, *та надсилається переможцю у спосіб, вибраний замовником.* Переможець повинен підписати два примірники договору у строки, визначені пунктом 2 «Строк укладення договору» цього розділу, та у день підписання передати замовнику два примірники договору про закупівлю.

Позивачка зазначає, що зважаючи на те, що час для підписання договору спливав, а замовник не направляв на її адресу проєкт договору про закупівлю для підписання, вона підписала проєкт договору про закупівлю, завантажений з електронного майданчика, зі сторони постачальника. Цього ж дня позивачка вислала в електронному варіанті підписний договір про закупівлю в сервісі «Вчасно».

04.08.2020 замовником електронною поштою було надіслано договір про закупівлю для підписання, який на виконання вимог пункту 3 розділу 6 тендерної документації у той же день було підписано ФОП «ХХХ» та відправлено у двох екземплярах замовнику: 04.08.2020 — Укрпоштою, 05.08.2020 — Укрпоштою, 06.08.2020 — Новою поштою, що підтверджується відповідними доказами.

Як зазначає позивачка, на прохання замовника 04.08.2020 вона направила на його адресу лист за № 39 з проханням продовжити строк укладання договору. При цьому, як виявилось пізніше, замовник уже прийняв рішення про продовження терміну підписання договору до 18.08.2020. Позивачці замовник не повідомив та **надіслав на її адресу лист від 11.08.2020 про надання пояснень щодо відмови від підписання договору.** Зазначений лист ФОП «ХХХ» отримала 17.08.2020 та вважає, що він суперечить дійсним положенням, адже відповідач отримав від неї договір до 11.08.2020 та, враховуючи продовження терміну підписання договору до 18.08.2020, у замовника був час на підписання договору, але він цього не зробив.

19.08.2020, згідно з протоколом засідання тендерного комітету замовника, **ФОП «ХХХ» було дискваліфіковано з підстави:** «...переможець процедури закупівлі відмовився від підписання договору про закупівлю відповідно до тендерної документації або укладення договору про закупівлю». Також на підставі відхилення замовник звернувся до АТ «ХХХ» з

письмовою вимогою щодо сплати коштів на рахунок замовника у зв'язку із настанням випадку непідписання договору про закупівлю. Як підтверджується листом АТ «ХХХ» від 28.09.2020, з **ФОП «ХХХ» було стягнуто банківську гарантію** у розмірі 12 041 грн 58 коп.

Результат спору: на думку суду, належним способом захисту порушеного права може бути позов про:

визнання договору про закупівлю укладеним;

визнання рішення тендерного комітету замовника недійсним.

Оскільки, враховуючи вимоги чинного законодавства, **позов про визнання вини тендерного комітету замовника та визнання дій щодо дискваліфікації ФОП «ХХХ» протиправними та незаконними є неналежним способом захисту порушеного права** і не призводить до поновлення порушеного права, а неправильно вибраний спосіб захисту зумовлює прийняття рішення про відмову в задоволенні позову незалежно від інших, встановлених судом обставин, **на підставі зазначеного суд вирішив у задоволенні позову ФОП «ХХХ» відмовити повністю.**

Коментар. З рішення у справі № [916/3557/20](#) випливають два висновки:

уточнюйте або оскаржуйте сумнівні вимоги тендерної документації;

у спірних ситуаціях звертайтеся по допомогу до надійних джерел та спеціалістів.

Думка Органу оскарження з приводу невизначення замовником в тендерній документації чіткого порядку підписання договору про закупівлю

Позиція АМКУ з питання, що надіслав читач, однозначна: вимоги в частині непідписання переможцем договору про закупівлю та / або непередання одного примірника цього договору про закупівлю у не конкретизований чітко строк можуть призвести до відхилення пропозиції учасника з незалежних від останнього підстав, що є дискримінацією щодо таких суб'єктів.

Приклад 2



Рішення Колегії № 11178-р/пк-пз від 05.06.2020, оголошення № [UA-2020-05-12-000972-с](#).

Вимога тендерної документації: відповідно до пункту 3 розділу VI тендерної документації «Остаточна редакція договору про закупівлю складається замовником з урахуванням особливостей предмета закупівлі та результатів аукціону на базі проєкту договору про закупівлю, що є Додатком 3 до цієї тендерної документації, та надсилається переможцю у спосіб, обраний замовником. *Переможець повинен підписати 2 примірники договору у строки, визначені пунктом 2 „Строк укладення договору“ цього розділу та у день підписання передати замовнику один примірник договору. Непідписання переможцем договору та / або непередання одного примірника цього договору у вказаний строк буде розцінено як відмова переможця від укладення договору про закупівлю, що спричиняє наслідки, передбачені пунктом 5 цієї документації „Дії замовника при відмові переможця торгів підписати договір про закупівлю“ цього розділу».*

Позиція скаржника: вимоги пункту 3 розділу VI документації порушують інтереси скаржника, оскільки документація не містить інформації про спосіб надсилання переможцю проєкту договору про закупівлю. Документація має містити чіткі вимоги про спосіб передачі і підписання договору про закупівлю, адже редакція, яка є зараз, дозволяє замовнику визначити спосіб підписання договору про закупівлю як забажає. **Відсутність чітких норм порушує принцип відкритості під час проведення процедури закупівлі.** За твердженням скаржника, порядок передачі договору є важливим, оскільки момент передачі і підписання мають бути чітко зафіксовані, оскільки порушення строків на підписання потягне за собою відхилення учасника.

Позиція Колегії: замовник не обґрунтував необхідність встановлення у документації наведеної вище вимоги у вказаній редакції. Виходячи з наведеного, *замовник на власний розсуд може визначити спосіб надсилання проєкту договору переможцю, що може призвести до відхилення пропозиції учасника з незалежних від нього підстав та є дискримінаційним щодо таких суб'єктів господарювання, у тому числі скаржника.* Враховуючи вищевикладене, замовник повинен усунути наведені вище невідповідності шляхом внесення відповідних змін до документації в цій частині.

Приклад 3



Рішення Колегії № 20359-р/пк-пз від 07.09.2021, оголошення № [UA-2021-08-13-002501-b](#).

Вимога тендерної документації: відповідно до пункту 2 розділу VIII тендерної документації «Остаточна редакція договору про закупівлю складається замовником з урахуванням особливостей предмета закупівлі та за результатами електронного аукціону на базі проєкту договору про закупівлю, що є Додатком 4 до цієї тендерної документації, та надсилається переможцю у спосіб, обраний замовником. *Переможець повинен підписати 2 примірники договору у строки, визначені пунктом 1 цього розділу, та у день підписання передати замовнику один примірник договору про закупівлю. Непідписання переможцем договору про закупівлю та / або непередання одного примірника цього договору про закупівлю у вказаний строк буде розцінено як відмова переможця від укладення договору про закупівлю, що спричиняє наслідки, передбачені пунктом 3 розділу VIII цієї тендерної документації».*

Позиція скаржника: дискримінаційною та обмежувальною він вважає умову, відповідно до якої саме замовник у незрозумілі (відсутні у документації) строки складає остаточну редакцію договору про закупівлю та надсилає її переможцю у спосіб, вибраний замовником.

Скаржник вважає, що або оскаржувана вимога документації має бути виключеною, або ж замовник має чітко прописати як строки, у які він остаточно сформує редакцію договору про закупівлю, так і конкретний спосіб передання такого договору про закупівлю переможцю (або ж визначення дати й місця підписання договору про закупівлю переможцем).

Позиція Колегії: замовник не обґрунтував необхідність встановлення у документації наведеної вище вимоги у вказаній редакції. **Тендерна документація замовника не містить визначення способу надсилання договору переможцю.** Крім того, з незалежних від учасника обставин договір про закупівлю може бути надісланий переможцю у спосіб, визначений замовником, а переможець може не отримати такий договір про закупівлю у строки, передбачені у тендерній документації, що буде вважатися відмовою від підписання договору про закупівлю, що є дискримінаційним щодо суб'єктів господарювання, у тому числі скаржника.

Враховуючи вищевикладене, замовник повинен усунути наведені вище невідповідності

шляхом внесення відповідних змін до документації в цій частині.

Насамкінець зауважимо, що невизначеність умов тендерної документації щодо надсилання переможцю процедури закупівлі договору про закупівлю у спосіб, обраний замовником, без зазначення способу у тендерній документації є належною підставою для звернення до замовника з метою внесення змін до тендерної документації чи у разі незгоди замовника — оскарження такої вимоги до Органу оскарження.

Щодо коригування договору в момент підписання можна ознайомитися на порталі RADNUK.COM.UA у відповіді на запитання: [«Чи можливо коригування договору про закупівлю в момент підписання?»](#). Також користуйтеся такими корисними статтями:

[«Проект договору про закупівлю: чи обов'язково включати перелік випадків змін його умов?»](#);

[«Нотатки закупівельника: те, що ви могли призабути щодо договору про закупівлю»](#);

[«Істотні умови договору про закупівлю робіт \(підряду\)»](#).