

Відхилення учасника, який не виконав свої зобов'язання: умови та практика АМКУ

На жаль, не всі учасники господарських правовідносин виконують свої зобов'язання належним чином. Замовники, які раніше уклали договір із недобросовісним учасником, не бажають знову вступати у господарські правовідносини з ним, оскільки це може завдати шкоди як фінансовим ресурсам, так і діловій репутації замовника.

Для правильного оформлення тендерної документації замовники повинні знати актуальну практику АМКУ з цього питання та керуватись нею. Про що і йтиметься далі.

Починаючи з 19.10.2022 діють Особливості здійснення публічних закупівель товарів, робіт і послуг для замовників, передбачених Законом України «Про публічні закупівлі», на період дії правового режиму воєнного стану в Україні та протягом 90 днів з дня його припинення або скасування, які затверджені постановою Кабінету Міністрів України [від 12.10.2022 № 1178](#) (далі — Особливості).

Особливостями передбачені норми для можливості відхилення учасника, який не виконав своїх зобов'язань перед цим же замовником, однак не всі замовники правильно трактують норми права, внаслідок чого їхні дії можуть [оскаржуватись до Антимонопольного комітету України](#) (далі — АМКУ).

Підстави для відхилення недобросовісного учасника

Особливості передбачають два пункти, які встановлюють підстави для відхилення тендерної пропозиції недобросовісного учасника, який раніше не виконав свої зобов'язання.

Згідно з підпунктом 2 пункту 45 Особливостей замовник може **відхилити тендерну пропозицію** із зазначенням аргументації в електронній системі закупівель у разі, коли учасник процедури закупівлі **не виконав свої зобов'язання за раніше укладеним договором про закупівлю з тим самим замовником, що призвело до застосування санкції у вигляді штрафів та / або відшкодування збитків протягом трьох років з дати їх застосування**, з наданням документального підтвердження застосування до такого учасника санкції (рішення суду або факт добровільної сплати штрафу чи відшкодування збитків).

Згідно з абзацом 14 пункту 47 Особливостей замовник **може прийняти рішення про відмову учаснику процедури закупівлі в участі у відкритих торгах та відхилити тендерну пропозицію** учасника процедури закупівлі в разі, коли учасник процедури закупівлі не виконав свої зобов'язання за раніше укладеним договором про закупівлю із 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.

Учасник процедури закупівлі, що перебуває в обставинах, зазначених у цьому абзаці, **може надати підтвердження вжиття заходів для доведення своєї надійності**, попри наявність відповідної підстави для відмови в участі у відкритих торгах. Для цього учасник (суб'єкт господарювання) повинен довести, що він сплатив або зобов'язався сплатити відповідні зобов'язання та відшкодування завданих збитків. **Якщо замовник вважає таке підтвердження достатнім, учаснику процедури закупівлі не може бути відмовлено в участі** в процедурі закупівлі.

Переможець процедури закупівлі у строк, що не перевищує **чотирьох днів з дати** оприлюднення в електронній системі закупівель **повідомлення про намір укласти договір про закупівлю**, повинен надати замовнику шляхом оприлюднення в електронній системі закупівель **документи, що підтверджують відсутність підстав, зазначених у підпунктах 3, 5, 6 і 12 та в абзаці 14 пункту 47 Особливостей**.

Як правило, тендерна документація вимагає від переможця надати **довідку в довільній формі** про відсутність підстав, передбачених **абзацом 14 пункту 47 Особливостей**.

Учасникам закупівель буде корисно ознайомитися та завантажити [приклад довідки щодо інформації по абзацу 14 пункту 47 Особливостей для переможця](#).

Таким чином, у більшості випадків для дотримання вимог тендерної документації учаснику достатньо надати довідку в довільній формі, натомість законодавець досить суттєво обмежує право замовника на відхилення тендерної пропозиції недобросовісного учасника.

Для застосування абзацу 14 пункту 47 Особливостей або ж для встановлення недостовірних відомостей, зазначених у довідці учасника, замовнику потрібно встановити та документально підтвердити одночасне існування сукупності фактів (складний юридичний факт), а саме:

учасник процедури закупівлі не виконав свої зобов'язання за раніше укладеним договором про закупівлю з цим самим замовником;

договір про закупівлю достроково розірваний з підстав його неналежного виконання учасником;

до учасника застосовано санкції у вигляді штрафів та / або відшкодування збитків;

пройшло не більше трьох років з дати дострокового розірвання такого договору про закупівлю;

учасник процедури закупівлі, що перебуває в обставинах, зазначених в абзаці 14

пункту 47 Особливостей, не надав підтвердження вжиття заходів для доведення своєї надійності, які замовник вважає достатнім.

Зафіксуйте собі також [«Перелік корисних посилань щодо нюансів застосування пункту 47 Особливостей»](#).

Практика АМКУ щодо абзацу 14 пункту 47 Особливостей

Приклад 1. Замовник надіслав претензію, однак штрафні санкції не були застосовані.

У рішенні АМКУ від 28.12.2023 у рамках закупівлі [UA-2023-09-01-008292-а](#) зазначено таке.

Позиція скаржника: замовник відхилив пропозицію ФОП «Т», оскільки ФОП «Т» не виконав свої зобов'язання за договором від 18.07.2023 № 07/23к/486 (термін дії якого з 18.07.2023 до 31.12.2023).

Скаржник заперечує невиконання умов вищевказаного договору. Невиконання вказаного замовником у протоколі відхилення договору є лише суб'єктивною думкою та домислом замовника. Скаржник повідомляє, що ним виконано всі зобов'язання за вказаним договором.

Позиція замовника: за результатами торгів UA-2023-06-22-010060-а замовником із ФОП «Т» був укладений договір від 18.07.2023 № 07/23к/486 (термін дії якого з 18.07.2023 до 31.12.2023), однак зазначений договір було достроково розірвано з вини учасника, оскільки учасник не виконав свої зобов'язання за цим договором.

До моменту розірвання вищезазначеного договору замовник тричі направляв учасникові рекомендовані листи з повідомленням про вручення претензії, з вимогами виконати умови договору (лист від 15.08.2023, лист від 12.09.2023, лист від 18.09.2023). Учасник тричі отримував претензії, але жодного разу не надав відповіді та так і не виконав свої зобов'язання по договору.

Позиція Колегії: відповідно до документів, наданих замовником, за договором від 18.07.2023 № 07/23к/486 **застосування штрафних санкцій не відбулось, оскільки замовник лише ініціював початок процедури стягнення штрафних санкцій** шляхом направлення вимоги про добровільну сплату штрафних санкцій.

Водночас **замовник не довів, що до скаржника було саме застосовано санкції** у вигляді штрафів та / або відшкодування збитків, а також не довів наявності факту накладення штрафних санкцій та / або відшкодування збитків у судовому порядку. Враховуючи викладене, пропозиція ФОП «Т» була неправомірно відхилена замовником з



наведеної вище підстави.

Для підтвердження наявності підстав для відхилення тендерної пропозиції учасника замовнику рекомендуємо мати **рішення суду про стягнення штрафів та / або збитків**, яке набрало законної сили, або **документи, що підтверджують** факт добровільної сплати штрафу або відшкодування збитків (квитанції про сплату, банківські виписки, мирові угоди тощо).

Наразі позиція АМКУ полягає в тому, що застосування штрафних санкцій означає або їх призначення судом, або їх офіційне, беззаперечне визнання учасником, що підтверджується документально.

Також **замовникам не слід** самостійно змінювати вимоги абзацу 14 пункту 47 Особливостей та підпункту 2 пункту 45 Особливостей, **вимагаючи від учасників документів, не пов'язаних** прямо з підтвердженням відсутності підстав для відхилення тендерної пропозиції згідно з **абзацом 14 пункту 47 Особливостей**.

Приклад 2. Замовник встановив додаткову вимогу для підтвердження надійності переможця торгів

Для прикладу, слід звернути увагу на **рішення АМКУ від 31.01.2024 у рамках закупівлі [UA-2024-01-17-010779-а](#)**.

Умова тендерної документації: надати гарантійний лист, що підтверджує відсутність щодо учасника у Єдиному державному реєстрі судових рішень (<https://reyestr.court.gov.ua>) будь-яких рішень (рішення) стосовно неякісного та / або неналежного надання послуг згідно з предметом цієї закупівлі (послуг щодо забезпечення харчування, кейтерингових послуг тощо), у тому числі щодо розірвання договору та / або стягнення заборгованості з учасника.

Позиція скаржника: ця умова замовника зменшує коло учасників, оскільки в закупівлі мають можливість брати участь лише учасники, у яких немає невиконаних зобов'язань за раніше укладеним договором про закупівлю, **у тому числі з іншими замовниками**, 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.

Позиція замовника: замовник зазначає, що він включив до тендерної документації умову, яка дозволить переконатися у надійності потенційного переможця як постачальника, з яким замовнику доведеться працювати цілий рік.

Враховуючи той факт, що предмет закупівлі становлять кейтерингові послуги для



пацієнтів замовника, які в свою чергу є складовою державних медичних гарантій, а отже повинні постачатися безперебійно — 7 днів на тиждень та за встановленим графіком, замовник не може ризикувати, укладаючи договір з учасником, який не просто допускає порушення взятих на себе зобов'язань, але й відмовляється усувати такі порушення інакше як за результатами претензійно-позовної роботи замовника та ухвалення відповідного судового рішення.

Позиція Колегії: замовник не обґрунтував необхідність встановлення у тендерній документації наведеної вище вимоги у вказаній редакції.

Виходячи з наведеного, взяти участь у процедурі закупівлі зможуть лише ті учасники, щодо яких відсутні у Єдиному державному реєстрі судових рішень (<https://reyestr.court.gov.ua>) будь-які рішення стосовно неякісного та / або неналежного надання послуг згідно з предметом цієї закупівлі (послуг щодо забезпечення харчування, кейтерингових послуг тощо), у тому числі щодо розірвання договору та / або стягнення заборгованості з учасника, що є **дискримінаційним** щодо інших учасників, у тому числі скаржника. Наведена **умова тендерної документації суперечить вимогам пункту 45 Особливостей.**

Приклад 3. Встановлення додаткової вимоги щодо надання замовником підтвердження надійності постачальника

Схожа позиція викладена в **рішенні АМКУ** від 29.01.2024 у **рамках закупівлі** [UA-2024-01-12-002473-а](#).

Умова тендерної документації: відповідно до пункту 5.2.1 документації замовник торгів вимагає **надати довідку** довільної форми, **видану замовником процедури** закупівлі не раніше дати оголошення цих торгів, про те, що учасник не має негативного досвіду співпраці з замовником за весь період діяльності учасника.

Позиція скаржника: взяти участь у процедурі закупівлі зможуть лише ті учасники, що зможуть надати відповідну довідку, підписану саме замовником, що є дискримінаційним щодо інших учасників, у тому числі скаржника. З незалежних від учасника підстав представник замовника може не підписати/не надати довідку, що в подальшому може стати підставою для відхилення пропозицій таких учасників.

Позиція замовника: що стосується довідки про підтвердження досвіду співпраці з потенційними учасниками, то замовник погоджується з вимогою та необхідністю внесення змін до документації.

Позиція Колегії: взяти участь у процедурі закупівлі зможуть лише ті учасники, що зможуть надати довідку довільної форми, **видану саме замовником** закупівлі саме не



раніше дати оголошення цієї закупівлі, про те, що учасник не має негативного досвіду співпраці з замовником за весь період діяльності учасника, **що є дискримінаційним** щодо інших учасників, у тому числі скаржника.

Практика АМКУ на користь замовника

У випадку, коли учасник не надав довідки на підтвердження відсутності обставин, визначених абзацом 14 пункту 47 Особливостей, замовники вправі надати учаснику строк для усунення недоліків та відхилити тендерну пропозицію, якщо недоліки не були усунуті.

Відхилення тендерної пропозиції відбувається, незважаючи на фактичну відсутність самих обставин, передбачених абзацом 14 пункту 47 Особливостей, оскільки відхилення відбувається на підставі підпункту 1 пункту 44 Особливостей.

Практика АМКУ щодо питання ненадання учасником довідки на підтвердження відсутності обставин, передбачених абзацом 14 пункту 47 Особливостей, висвітлена у рішенні АМКУ від 01.08.2023 у рамках закупівлі [UA-2023-06-30-008114-а](#).

Позиція замовника: під час розгляду тендерної пропозиції скаржника виявлено невідповідності в інформації та документах, а саме у складі тендерної пропозиції відсутня інформація, що учасник процедури закупівлі не виконав свої зобов'язання за раніше укладеним договором про закупівлю саме з 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 (абзац 14 пункту 47 Особливостей).

Замовник у встановлений строк розмістив в електронній системі закупівель повідомлення з вимогою про усунення невідповідностей скаржнику. Скаржник не виправив виявлені замовником після розкриття тендерних пропозицій невідповідності, що подані ним у своїй тендерній пропозиції, що були зазначені в повідомленні, протягом 24 годин з моменту розміщення відповідного повідомлення.

Позиція скаржника: згідно з Особливостями «невідповідністю в інформації та/або документах, які надаються учасником процедури закупівлі на виконання вимог технічної специфікації до предмета закупівлі, вважаються помилки».

Скаржник повідомляє, що ним не допущено помилок на виконання вимог тендерної документації. Скаржник зазначає, що інформація про відсутність договорів із замовником є відкритою та доступ до неї є вільним для замовника й міститься в його бухгалтерії. Також Особливості не містять обов'язку учасника надавати або замовника вимагати інформацію щодо абзацу 14 пункту 44 Особливостей.

Позиція Колегії: у складі пропозиції скаржника відсутня довідка в довільній формі про те, що між ним і замовником раніше не було укладено договору про закупівлю, за яким

учасник процедури закупівлі не виконав свої зобов'язання, 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.

Замовником щодо пропозиції скаржника розміщено вимогу про усунення невідповідностей до 12.07.2023 о 17:06. Скаржник не виправив наведені вище невідповідності. Враховуючи наведене, **пропозиція скаржника була правомірно відхилена замовником з наведеної вище підстави, у зв'язку з чим відсутні підстави для задоволення скарги в цій частині.**

Більше практики АМКУ — в електронній книзі [«Оскарження закупівель до АМКУ за Особливостями № 1178»](#).

Оперативно-господарські санкції

Одним із способів уникнути подальшої співпраці з недобросовісним учасником є застосування до нього оперативно-господарських санкцій згідно з Господарським кодексом України (далі — ГКУ).

Згідно з пунктом 4 частини 1 статті 236 ГКУ в господарських договорах сторони можуть передбачати використання таких видів оперативно-господарських санкцій, як відмова від встановлення на майбутнє господарських відносин зі стороною, яка порушує зобов'язання.

Порядок застосування оперативно-господарських санкцій повинен бути зазначений у договорі. При цьому, як свідчить практика АМКУ, слід детально прописувати не лише порядок застосування оперативно-господарських санкцій, а й випадки їх застосування.

Про недопустимість формального опису випадків застосування оперативно-господарських санкцій свідчить рішення АМКУ від 13.02.2023, винесене у рамках процедури закупівлі [UA-2023-01-31-005386-а](#).

Умови проєкту договору:

Пункт 10.1. Сторони дійшли взаємної згоди щодо можливості застосування оперативно-господарської санкції, зокрема, відмова від встановлення на майбутнє господарських відносин зі стороною, яка порушує зобов'язання (пункт 4 частини 1 статті 236 ГКУ).

10.2. Відмова від встановлення на майбутнє господарських відносин зі стороною, яка порушує зобов'язання, може застосовуватися покупцем до постачальника за невиконання постачальником своїх зобов'язань перед покупцем в частині, що стосується: **якості поставленого товару; розірвання аналогічного за своєю природою договору з**

покупцем у разі прострочення строку поставки товару; розірвання аналогічного за своєю природою договору з покупцем у разі прострочення строку усунення дефектів.

10.3. У разі порушення постачальником умов щодо порядку та строків постачання товару, якості поставленого товару покупець має право в будь-який час як протягом строку дії цього договору, так і протягом одного року після спливу строку дії цього договору застосувати до постачальника оперативно-господарську санкцію у формі відмови від встановлення на майбутнє господарських зв'язків.

10.4. Строк дії санкції визначає покупець, але він не буде перевищувати трьох років з моменту початку її застосування.

Позиція Колегії: щодо пунктів 10.1-10.4 додатка 4 до тендерної документації. Замовник не довів необхідність встановлення наведеної вище умови тендерної документації саме у наведеній редакції.

Враховуючи наведене, замовник на власний розсуд із незалежних від учасника обставин зможе визначити невиконання постачальником своїх зобов'язань перед покупцем в частині, що стосується якості поставленого товару, а також в частині розірвання аналогічного за своєю природою договору з покупцем у разі прострочення строку поставки товару, а також замовник на власний розсуд із незалежних від учасника обставин зможе застосувати до учасника наведену вище оперативно-господарську санкцію, що є дискримінаційним щодо таких суб'єктів господарювання, зокрема скаржника.

Прописуючи в умовах договору оперативно-господарські санкції, замовнику не слід зазначати як підстави їх застосування порушення за іншими договорами (аналогічними, між тими самими сторонами й таке інше), оскільки санкції можуть застосовуватись лише в рамках конкретного договору.

Замовник може зазначити в договорі про закупівлю пункт про те, що відмова від встановлення на майбутнє господарських відносин зі стороною, яка порушує зобов'язання, може застосовуватися покупцем до постачальника за невиконання постачальником своїх зобов'язань перед покупцем в частині, що стосується якості поставленого товару.

Проте, якщо підставою для застосування оперативно-господарської санкції **зазначено недотримання якості поставленого товару, замовнику слід прописувати конкретний порядок** визначення якості товару / робіт / послуг, а також зазначити критерії визначення якості товару, в тому числі з посиланням на відповідні державні стандарти (якщо вони наявні у даній сфері), технічні умови, міжнародні стандарти.

Висновок

Відповідно до практики АМКУ замовнику, щоб відхилити учасника з підстав, визначених абзацом 14 пункту 47 Особливостей, необхідний ряд умов:

учасник процедури закупівлі не виконав свої зобов'язання за раніше укладеним договором про закупівлю з цим самим замовником (підтверджується, наприклад, рішенням суду або фактом добровільної сплати штрафу або відшкодування збитків учасником);

договір про закупівлю достроково розірваний з підстав його неналежного виконання учасником;

до учасника застосовано санкції у вигляді штрафів та / або відшкодування збитків (підтверджується рішенням суду або письмовим документом учасника);

пройшло не більше трьох років з дати дострокового розірвання такого договору про закупівлю (що підтверджується додатковою угодою про розірвання договору або рішенням суду, а також звітом про виконання (розірвання) договору, наявним в електронній системі).

Також на порталі RADNUK.COM.UA уже опубліковані такі матеріали щодо цієї теми:

[«Вимоги пункту 47 Особливостей у тендерній документації»;](#)

[«Як замовнику вберегтись від неприємних „сюрпризів“ з боку постачальника?».](#)