

Секрети участі у переговорній процедурі закупівлі

Чим досконаліше буде сформовано обґрунтування застосування переговорної процедури закупівлі, тим менше буде ризиків для обох сторін

Переговорна процедура закупівлі особлива. Вона є уособленням усіх винятків, що не дозволяють провести змагальний відбір переможця, як у конкурентних процедурах. При цьому проведення переговорної процедури закупівлі в [Законі України «Про публічні закупівлі»](#) (далі — Закон) чітко не окреслено. Є вимоги до окремих дій замовника та учасника, але багато нюансів не оговорено, а деякі норми Закону суперечать одна одній в частині алгоритму встановлення вимог до дій та документів учасника. Коли ситуація настільки суперечлива, то і замовник, і учасники повинні максимально убезпечити себе від помилок. Тож розглянемо це детальніше.

Переговорна процедура закупівлі використовується замовником як виняток і відповідно до якої замовник укладає договір про закупівлю після проведення переговорів щодо ціни та інших умов договору про закупівлю з одним або кількома учасниками процедури закупівлі (частина 1 статті 40 Закону). Таким чином, **основні умови закупівлі замовник та учасник узгоджують на переговорах.**

Статті 16, 17 Закону під час проведення переговорної процедури закупівлі

Закон не встановлює вимог щодо порядку проведення переговорів. Єдиною вимогою Закону є те, що замовник *під час проведення переговорів вимагає від учасника (учасників) надати підтвердження про відсутність підстав для відмови йому (їм) в участі у процедурі закупівлі відповідно до частини 1 статті 17 Закону.* Ця норма не застосовується у разі проведення переговорної процедури закупівлі за наявності підстав, зазначених у пунктах 2, 4, 5 частини 2 статті 40 Закону.

Мінекономіки в інформаційному листі від [03.10.2020 № 3304-04/60124-06](#) зазначило, що спосіб підтвердження про відсутність підстав, зазначених у частині 1 статті 17 Закону, під час проведення переговорної процедури закупівлі визначається замовником самостійно. При цьому під час запрошення для участі у переговорній процедурі закупівлі замовник може встановлювати необхідні вимоги стосовно спроможності учасника (учасників) виконати роботи, надати послуги, поставити товар, наприклад у частині наявності техніки, обладнання, працівників, досвіду, фінансової спроможності тощо.

Таким чином, можемо зробити висновок, що усі вимоги до учасника в переговорній процедурі закупівлі встановлює замовник. Більше про цю підставу в даній ситуації

читайте на порталі RADNUK.COM.UA у статті «[Застосування статті 17 Закону України “Про публічні закупівлі” у переговорній процедурі закупівель](#)».

Проте слід урахувати, що стаття 16 Закону, яка визначає кваліфікаційні критерії до учасників, не розділяє процедури закупівлі на конкурентні та переговорну, тому її вимоги поширюються на всі процедури.

Водночас Мінекономіки вищезазначеним листом інформує, що статтю 40 Закону **не передбачено обов’язку замовника вимагати від учасників переговорної процедури закупівлі надання ними документально підтвердженої інформації про їх відповідність кваліфікаційним критеріям відповідно до статті 16 Закону.**

Учасники переговорної процедури, спілкуючись із замовником та формуючи пакет документів, повинні відштовхуватись від ризиків, що можуть бути при проведенні переговорної процедури закупівлі. А щоб їх знизити, потрібно враховувати практику та позиції усіх уповноважених органів, що можуть вплинути на закупівлю (Приклад 1).

Приклад 1

У закупівлі № [UA-2020-09-17-000177-а](#) проведення переговорної процедури на підставі двох попередніх відмін відкритих торгів було оскаржено, й рішення щодо скарги було на користь учасника.

Коментар до Прикладу 1. Підставою для проведення переговорної процедури закупівлі є ситуація, якщо було двічі відмінено процедуру відкритих торгів, у тому числі частково (за лотом), через відсутність достатньої кількості тендерних пропозицій, визначеної цим Законом. Головною умовою застосування цієї підстави є те, що 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.

У результаті учасник виграв скаргу тому, що Орган оскарження прийняв рішення, що під час проведення переговорної процедури закупівлі замовником не було встановлено вимог до учасників, у тому числі щодо **підтвердження кваліфікаційних критеріїв** та технічних вимог.

Орган оскарження зазначив, що враховуючи наведене, вимоги до учасника переговорної процедури закупівлі, у порушення вимог Закону, відрізняються від вимог, що були визначені замовником у тендерних документаціях.

Тож невстановлення замовником вимог щодо кваліфікаційних критеріїв стало підставою для того, що переговорна процедура закупівлі, оголошена на підставі пункту 1 частини 2 статті 40 Закону, була відмінена. Більше про цю підставу в даній ситуації читайте на порталі RADNUK.COM.UA у статті «[Застосування статті 16 Закону України “Про](#)

публічні закупівлі” у переговорній процедурі закупівель».

Запрошення до переговорів

Учасники повинні орієнтуватися на вимоги замовника, викладені у запрошенні до переговорів для проведення переговорної процедури закупівлі. Мінекономіки рекомендує замовникам у запрошенні передбачити:

місце, спосіб, дату та час проведення переговорів;

умови договору про закупівлю або проєкт договору про закупівлю (або узгодити на переговорах);

необхідні вимоги стосовно спроможності учасника (учасників) виконати роботи, надати послуги, поставити товар, наприклад у частині наявності техніки, обладнання, працівників, досвіду, фінансової спроможності;

іншу інформацію, яку замовник вважає за необхідне передбачити в запрошенні.

Слід зазначити: законодавство не встановлює вимоги надсилати учасникам переговорів запрошення, як і не окреслює, які вимоги мають бути у запрошенні. Через це багато замовників запрошують учасників на переговори без надсилання запрошення.

Залежно від підстав для проведення переговорної закупівлі, деякі учасники на цих переговорах вперше знайомляться з замовником, а деякі ні. Наприклад, у разі застосування замовником підстави для проведення переговорної процедури закупівлі, що передбачена пунктами 4, 5 частини 2 статті 40 Закону, а саме: якщо після укладення договору про закупівлю у замовника виникла необхідність у постачанні додаткового обсягу товару у того самого постачальника або у закупівлі додаткових аналогічних робіт чи послуг у того самого учасника. За цих умов учасники уже співпрацювали із замовником і знають, про яку саме закупівлю йдеться. **У цьому випадку фактично відсутня конкуренція.** Тож замовник і учасник можуть спокійно домовитися на переговорах.

Однак в інших підставах для проведення переговорної процедури учасників може бути декілька, і саме тому переговори та документ, яким їх проведення буде закріплено, дуже важливі. Це пов'язано з тим, що інші учасники, яким не буде направлено повідомлення про намір укласти договір про закупівлю, можуть оскаржити переговорну процедуру закупівлі саме з огляду на умови проведення переговорів (Приклад 2).

Приклад 2

У закупівлі № [UA-2020-01-29-001938-с](#) скарга була подана, у тому числі, на порядок



проведення переговорів. Скаржник повідомив, що листи-запрошення щодо прийняття участі в оскаржуваній переговорній закупівлі були направлені потенційним учасникам менше ніж за добу до самої процедури переговорів. **Скаржник мав на підготовку документів, які вимагались замовником під час проведення переговорів, лише чотири години.** У випадку застосування замовником будь-якої іншої процедури закупівлі, а не переговорної, скаржник мав би в десятки разів більше часу на підготовку документів для участі у процедурі закупівлі.

Відповідно до листа-запрошення потенційним учасникам процедури під час проведення переговорів необхідно було надати документи згідно з додатками 2-7 до листа-запрошення. При цьому серед додатків до листа-запрошення додатки 6 та 7 були відсутні. У зв'язку з цим скаржник не мав можливості надати під час переговорів замовнику документи.

Під час переговорів замовник передбачив проведення редукування, тобто учасники мали пропонувати ціну і знижувати її в порядку черги.

Скаржник також зазначив, що в листі-запрошенні, надісланому замовником, та додатках до нього був відсутній проект договору про закупівлю, що призвело до того, що скаржник брав участь у редукуванні, не маючи можливості ознайомитись та проаналізувати проект договору про закупівлю, умови якого суттєво впливають на ціну пропозиції.

Під час проведення переговорів, поки виконуючий обов'язки голови тендерного комітету замовника інформував усіх про те, що визначення ціни договору про закупівлю буде відбуватись у вигляді редукування, учасники мали здавати пакети документів, які приймала виконуюча обов'язки секретаря тендерного комітету замовника.

Усі подані учасниками документи передавались, приймались, зберігались та в подальшому розглядались тендерним комітетом замовника в паперовому вигляді.

Скаржник зазначає, що він не мав можливості ознайомитись з документами інших учасників переговорної процедури закупівлі, перевірити, чи всі необхідні документи були подані ними, а також переконатись, що замовником було прийнято всі документи скаржника, та інші учасники переговорної процедури закупівлі не надавали замовнику документи, яких не вистачало, згодом з метою недопущення їх дискваліфікації.

За твердженням скаржника, учасники під час проведення переговорів неодноразово підкреслювали, що не володіють повною інформацією щодо факторів та умов, які, в тому числі, могли би вплинути на ціноутворення. Скаржник не був винятком. Однак замовником ігнорувались зазначені висловлювання. Отже, як зазначає скаржник, він брав участь у редукуванні, не володіючи повною інформацією щодо факторів та умов, які могли вплинути на ціноутворення.

Крім того, як зазначає скаржник, його **пропозиція відхилена, як зазначено на вебпорталі Уповноваженого органу, за невідповідність кваліфікаційним критеріям, встановленим замовником, однак, яким саме критеріям, невідомо,**

оскільки відсутній протокол розгляду пропозицій.

У випадку застосування замовником будь-якої іншої процедури закупівлі, а не переговорної, яка, на думку скаржника, була неправомірно вибрана замовником, скаржник мав би можливість звернутись до замовника за роз'ясненнями щодо підстав відхилення своєї пропозиції та в подальшому звернутись до Органу оскарження за захистом свого права на участь у процедурі закупівлі.

Отже, за твердженням скаржника, застосування замовником саме переговорної процедури закупівлі суперечило законодавству у сфері публічних закупівель та порушило права й охоронювані законом інтереси скаржника.

Орган оскарження прийняв рішення про відміну переговорної процедури закупівлі.

Законодавство не визначає, яким чином має бути зафіксовано проведення переговорів із замовником. Однак протокол проведення переговорів буде відповідним документом, оскільки задовольняє потреби обох сторін у фіксації необхідної інформації. Підписати його слід усім сторонам переговорів, а учаснику варто прослідкувати, чи правильно зазначена у ньому інформація.

З огляду на визначення поняття переговорної процедури закупівлі важливо, щоб у протоколі переговорів було зазначено про погодження ціни та інших умов договору про закупівлю. Таким чином, до переговорів учасникам слід готуватися ретельно, але розуміти, що проведення переговорів — це ще не проведена переговорна процедура закупівлі. Адже фактично вона почнеться з моменту, коли замовник оприлюднить повідомлення про намір укласти договір про закупівлю з учасником переговорної процедури закупівлі.

Що відбувається після переговорів?

За результатами проведених переговорів з учасником (учасниками) переговорної процедури закупівлі замовник приймає рішення про намір укласти договір про закупівлю. Відповідне повідомлення обов'язково оприлюднюється в електронній системі закупівель протягом одного дня після ухвалення рішення.

Повідомлення про намір укласти договір про закупівлю повинно містити, зокрема, інформацію про учасника (учасників), з яким (якими) проведено переговори, узгоджену ціну пропозиції учасника процедури закупівлі, умови застосування переговорної процедури закупівлі відповідно до частини 2 статті 40 Закону та **обґрунтування застосування переговорної процедури закупівлі, експертні, нормативні, технічні та інші документи, що підтверджують наявність умов застосування переговорної процедури закупівлі.** Практика Органу оскарження з цього питання на порталі

RADNUK.COM.UA у статті «Пам'ятка: завантажувати підтвердні документи необхідно за будь-яких підстав застосування переговорної процедури закупівлі».

Вимоги про оприлюднення документів обґрунтування застосування переговорної процедури закупівлі до Закону було внесено з 26.06.2021, до цієї дати можна було зазначати тільки **посилання** на відповідні документи.

Формування таких документів — надзвичайно важлива умова, до виконання якої може бути залучений учасник цієї процедури. Це залежить від підстав застосування переговорної процедури закупівлі.

Є підстави, що не потребують залучення учасника для їх обґрунтування, а повинні бути забезпечені замовником. *Наприклад, у разі двох відмін відкритих торгів замовник сам може в обґрунтуванні вказати ідентифікатори закупівель, що були відмінені, а при оприлюдненні повідомлення про намір укласти договір про закупівлю завантажити відповідні звіти закупівель, що не відбулись. Для цього йому не потрібна інформація від учасника.*

Водночас у разі проведення переговорної процедури закупівлі, наприклад, з підстави, якщо роботи, товари чи послуги можуть бути виконані, поставлені чи надані виключно певним суб'єктом господарювання, замовнику слід довести наявність відповідної умови, і без допомоги учасника це буде досить складно.

Саме учасник має надати відповідний документ, наприклад свідоцтво про авторське право, якщо предмет закупівлі полягає у створенні або придбанні витвору мистецтва або художнього виконання або існує необхідність захисту прав інтелектуальної власності.

Обґрунтування застосування підстави переговорної процедури закупівлі — це, по суті, основна умова її проведення. При цьому, якщо учасника не запросили до участі у переговорній процедурі закупівлі, а він міг виконати її умови, то це теж є підставою для оскарження її проведення (Приклад 3).

Приклад 3

У закупівлі № [UA-2021-03-01-000063-b](#) учасник поскаржився саме на те, що він як повноцінний учасник ринку не має змоги навіть запропонувати свої послуги. Скаржник зазначив, що внаслідок безпідставного та необґрунтованого застосування замовником переговорної процедури закупівлі він був позбавлений можливості запропонувати послугу з оцінки вогнезахисту, що є предметом закупівлі та не є ексклюзивною, чим було грубо порушено його права та законні інтереси як потенційного учасника процедури закупівлі.

Окрім цього, замовник, зазначаючи про ексклюзивність послуги, не вказує, в чому саме її ексклюзивність унікальність, документи, на які посилається замовник для обґрунтування призначення та проведення переговорної процедури закупівлі, взагалі відсутні, тому неможливо встановити та дослідити підставність призначення саме переговорної

процедури.

Скаржник звертає увагу на те, що документи, на які посилається замовник для обґрунтування призначення та проведення переговорної процедури закупівлі, жодним чином не підтверджують доцільності проведення саме такого виду процедури закупівлі. Вказані документи не є експертними нормативними чи технічними документами, що підтверджують наявність умов застосування процедури закупівлі, та не обґрунтовують відсутність конкуренції на ринку послуг з оцінки вогнезахисту.

Таке обґрунтування порушених прав скаржника стало причиною того, що переговорну процедуру закупівлі Орган оскарження відмінив.

Водночас **учасникам переговорної процедури закупівлі не слід уникати участі у формуванні замовником обґрунтування застосування цієї процедури закупівлі**, розраховуючи на те, що відсутність конкурентної боротьби зробить їх переможцями. Чим досконаліше буде сформовано обґрунтування застосування переговорної процедури закупівлі, тим менше буде ризиків для обох сторін (Таблиця).

Таблиця

Ризик безпідставного проведення процедури закупівлі	
Замовник може отримати штраф у разі застосування переговорної процедури закупівлі на умовах, не передбачених Законом. Такий штраф може становити від 25 500 грн до 51 000 грн.	Учасник , який укладе договір за результатами переговорної процедури закупівлі, що проведена безпідставно, в результаті може потрапити у ситуацію, коли такий договір про закупівлю буде визнано недійсним.
<p>Касаційний господарський суд у складі Верховного Суду зазначив, зокрема, що «застосування замовником переговорної процедури без наявності умов, визначених пунктом 3 частини 2 статті 35 Закону України "Про публічні закупівлі" (прим. ред.: редакція Закону, що діяла на момент проведення процедури закупівлі), є підставою для визнання недійсним договору як такого, що укладений з порушенням вимог статті 35 Закону України "Про публічні закупівлі"» (постанова КГС ВС від 18.06.2021 у справі № 905/72/20).</p>	

Коли укладати

Після того як замовник оприлюднив повідомлення про намір укласти договір про закупівлю, учасник чекає встановлений Законом строк для укладання договору про

закупівлю.

Відповідно до частини 7 статті 40 Закону замовник має право укласти договір про закупівлю за результатами застосування переговорної процедури закупівлі у строк не раніше ніж через 10 днів (5 днів — у разі застосування переговорної процедури закупівлі з підстав, визначених пунктом 3 частини 2 цієї статті, а також у разі закупівлі нафти, нафтопродуктів сирих, електричної енергії, послуг з її передання та розподілу, централізованого постачання теплової енергії, централізованого постачання гарячої води, послуг з централізованого опалення, телекомунікаційних послуг, у тому числі з трансляції радіо- та телесигналів, послуг з централізованого водопостачання та / або водовідведення та послуг з перевезення залізничним транспортом загального користування) з дня оприлюднення в електронній системі закупівель повідомлення про намір укласти договір про закупівлю.

Цікавим у цей період є те, що відмовитися від укладання договору про закупівлю з учасником, зазначеним у повідомленні про намір укласти договір про закупівлю, замовник фактично уже не може. Це пов'язано з тим, що для переговорної процедури закупівлі не передбачено підстав для відхилення пропозиції учасника.

Проте учасникам не слід користуватися цим фактом для того, щоб змінити умови, погоджені на переговорах із замовником. Адже останній може скористатися підставами для відміни переговорної процедури закупівлі.

Відповідно до частини 8 статті 40 Закону **переговорна процедура закупівлі відміняється замовником у разі:**

якщо замовником допущено порушення, що вплинуло на об'єктивність визначення переможця процедури закупівлі;

неможливості усунення порушень, що виникли через виявлені порушення законодавства щодо закупівель;

відсутності подальшої потреби в закупівлі товарів, робіт чи послуг;

скорочення видатків бюджету на закупівлю товарів, робіт чи послуг;

непідписання договору про закупівлю у строк 35 днів (20 днів — у разі наявності окремих умов) з дня оприлюднення в електронній системі закупівель повідомлення про намір укласти договір про закупівлю.

Учасникам важливо пам'ятати: Закон закріплює за ними право оскаржувати, у тому числі, рішення замовника про відміну процедури закупівлі, і переговорна процедура не є винятком.

Станом на жовтень 2021 року в електронній системі закупівель наявні сім переговорних процедур закупівель, у яких оскаржувалася саме їх відміна, скарги у двох із цих процедур було задоволено.

Важливою умовою оскарження відміни переговорної процедури закупівлі є те, що при оскарженні не зупиняється строк, встановлений як умова «непідписання договору про закупівлю у строк 35 днів (20 днів — у разі наявності окремих умов) з дня оприлюднення в електронній системі закупівель повідомлення про намір укласти договір про закупівлю». В результаті, якщо підписання договору про закупівлю затягнеться, оскарження не допоможе (Приклад 4).

Приклад 4

У закупівлі № [UA-2020-09-23-013644-b](#) Орган оскарження зазначив, що договір про закупівлю за результатами застосування переговорної процедури закупівлі не був укладений у строк 35 днів (20 днів — у разі застосування переговорної процедури закупівлі з підстав, визначених пунктом 3 частини 2 цієї статті), що є підставою для відміни переговорної процедури закупівлі.

Отже, можемо зробити висновок, що **учасникам варто слідкувати за терміном укладання договору про закупівлю** в переговорній процедурі закупівлі, а не перекладати цей важливий момент на замовника.

Таким чином, хоч переговорна процедура закупівлі і має досить простий алгоритм проведення, проте кожен її етап містить свої умови, неврахування яких може мати негативні наслідки для обох сторін. Учасникам, що планують брати участь у переговорній процедурі закупівлі, варто ознайомитися з її умовами і допомагати замовнику готувати необхідну інформацію та обґрунтування, не розраховуючи на те, що відсутність конкурентної боротьби у цій процедурі беззаперечно зробить їх переможцями.

Більше щодо проведення переговорної процедури закупівлі читайте на порталі [RADNUK.COM.UA](#) у статтях:

[«Чим та як підтвердити відсутність конкуренції з технічних причин?»](#);

[«Чи можна змінювати очікувану вартість під час проведення переговорної процедури закупівлі після двох відмін відкритих торгів?»](#);

[«Переговорна процедура закупівлі у зв'язку з оскарженням триваючого тендеру»](#);



«Комп'ютерна програма як об'єкт авторського права»;

«Чи стає COVID-19 на заваді конкурентної процедури закупівлі: практика Органу оскарження»;

«Коли надзвичайна ситуація вже не така й надзвичайна. Рішення АМКУ»;

«Беззворотність скарги чи як АМКУ зобов'язало відмінити переговорну процедуру»;

«Медичне обладнання за переговорною процедурою. Практика АМКУ».