

ГАРМОНІЗАЦІЯ СИСТЕМИ ДЕРЖАВНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ В УКРАЇНІ ЗІ
СТАНДАРТАМИ ЄС

**КОМЕНТАРІ ДО ЗАКОНОДАВСТВА УКРАЇНИ
ПРО ПУБЛІЧНІ ЗАКУПІВЛІ**

Олександр Шатковський

Сергій Яременко

Грудень 2016 року

АБРЕВІАТУРИ

АМКУ	Антимонопольний комітет України
КМУ	Кабінет Міністрів України
ЄС	Європейський Союз
ДАСУ	Державна аудиторська служба України
Мінекономрозвитку/Уповноважений орган	Міністерство економічного розвитку та торгівлі України
ДКСУ	Державна казначейська служба України
ДП «Прозорро»	Державне підприємство «Прозорро»
Закон про держзакупівлі	Закон України «Про здійснення державних закупівель» № 1197-VII від 10 квітня 2014 року
Закон про особливості	Закон України «Про особливості здійснення закупівель в окремих сферах господарської діяльності» № 4851-VI від 24 травня 2012 року
Закон про публічні закупівлі/Закон	Закон України «Про публічні закупівлі» № 922-VIII 25 грудня 2015 року
Централізовані закупівельні організації	ЦЗО
КУпАП	Кодекс України про адміністративні правопорушення
ККУ	Кримінальний кодекс України
ЦКУ	Цивільний кодекс України
ГКУ	Господарський кодекс України
СОТ	Світова організація торгівлі
ЕЦП	Електронний цифровий підпис
ЄЗС	Єдиний закупівельний словник
Держстат	Державна статистична служба України
Електронна система закупівель	ЕСЗ

ЗМІСТ

	Сторінка
Вступ	4
Коментарі до Закону України «Про публічні закупівлі» № 922-VIII від 25 грудня 2015 року	6
Підзаконні нормативно-правові акти у сфері публічних закупівель	120
Висновки та рекомендації	121

ВСТУП

Проект ЄС “Гармонізація системи державних закупівель в Україні зі стандартами ЄС” розпочав свою роботу в Києві 11 листопада 2013 року. Загальною метою Проекту є *“зробити свій внесок у розвиток сталого і послідовного управління державними фінансами, шляхом створення всеосяжної і прозорої нормативно-правової бази для здійснення державних/публічних закупівель, ефективної інституційної інфраструктури для здійснення державних/публічних закупівель, а також шляхом забезпечення підзвітності та цілісності органів державної влади в сфері закупівель та розвитку системи державної допомоги в Україні”*.

Проект в даний час надає пріоритетну допомогу з питань реформування державних/публічних закупівель паралельно з наданням конкретної допомоги щодо необхідних змін у законодавстві про публічні закупівлі в Україні. Крім того, Проект підтримує зміцнення МЕРТ і АМКУ в якості основних інституцій, відповідальних у системі державних закупівель України, а також поліпшення координації між цими установами та іншими суб'єктами, відповідальними за фінансовий контроль у сфері закупівель.

У контексті роботи Проекту щодо подальшого розвитку системи державних/публічних закупівель, разом з Міністерством економічного розвитку та торгівлі було прийнято рішення, що Проектом буде проведено огляд чинного законодавства України та підготовлені детальні **Коментарі до законодавства України про публічні закупівлі**.

За останні роки законодавство про державні/публічні закупівлі постійно змінювалося. До Закону про держзакупівлі у редакції 2010 року і до його заміни новою редакцією у 2014 році було внесено зміни більше 20 разів, переважно пов'язані з додаванням нових винятків, і той закон у декількох різних аспектах не відповідав законодавству та практиці ЄС щодо закупівель.

20 квітня 2014 року набула чинності нова більш прогресивна редакція Закону про держзакупівлі та в ключових моментах адаптована з правилами ЄС. Ця редакція була розроблена з метою спрощення процедур державних закупівель, підвищення рівня прозорості та відкритості здійснення закупівель, створення умов для подолання корупції у сфері державних закупівель, а також наближення вітчизняного законодавства до європейських стандартів.

Зокрема, новою редакцією Закону про держзакупівлі було введено новий підхід до визначення замовників, на яких розповсюджується дія Закону, в основі якого лежить забезпечення суспільних потреб як критерію віднесення замовника до необхідності проведення процедур закупівель. Крім цього, суттєво зменшено кількість випадків, на які не поширюється дія Закону; скорочено перелік підстав для застосування неконкурентної (переговорної) процедури та ін.

У вересні 2015 року Законом України «Про внесення змін до деяких законів України у сфері державних закупівель щодо приведення їх у відповідність із міжнародними стандартами та вжиття заходів з подолання корупції» (15 вересня 2015 року № 679-VIII) попередня редакція Закону про держзакупівлі була оновлена.

Разом з цим, Мінекономрозвитку продовжило активну роботу над вдосконаленням законодавства в сфері закупівель, насамперед в частині їх електронізації.

Варто зазначити, що вказана робота була розпочата ще на початку 2014 року і її логічним результатом стала редакція нового законопроекту, в основу якого була покладена концепція проведення всіх процедур закупівель в електронному режимі з використанням електронної системи закупівель, застосування електронної оцінки пропозицій та електронного аукціону.

Новий Закон України «Про публічні закупівлі» було схвалено Верховною Радою України 15 грудня 2015

ГАРМОНІЗАЦІЯ СИСТЕМИ ДЕРЖАВНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ В УКРАЇНІ ЗІ СТАНДАРТАМИ ЄС

року, на основі його відбувся поступовий перехід на проведення закупівель з паперового на електронний режим починаючи з 1 квітня 2016 року (для замовників-центрального органів виконавчої влади та підприємств з окремих сфер господарської діяльності) та з 1 серпня 2016 року (для всіх інших замовників) .

З огляду на це вкрай важливим постало питання підготовки детальних практичних коментарів до основних положень зазначеного закону та ключових підзаконних актів.

Ми презентуємо Коментарі до Закон України «Про публічні закупівлі» та ключових нормативних актів у сфері публічних закупівель у Україні.

Коментарі ґрунтуються на аналізі і правозастосуванні існуючого законодавства України, що регулює сферу закупівель, з урахуванням досвіду роботи з організації закупівельного процесу на прикладі окремих розпорядників коштів та на підставі інформації (у тому числі офіційних роз'яснень, рішень тощо), отриманої в ході співпраці з представниками Департаменту регулювання публічних закупівель Мінекономрозвитку, Державної казначейської служби України, Державної аудиторської служби України, Антимонопольного комітету України, державного підприємства «ПРОЗОРРО» та окремими замовниками і учасниками процедур закупівель.

Підготовлений Коментар до законодавства в сфері публічних закупівель направлений на надання методологічної допомоги всім учасникам закупівельного процесу.

РОЗДІЛ I

Коментарі до Закону України «Про публічні закупівлі» № 922-VIII від 25 грудня 2015 року

ЗАКОН УКРАЇНИ

Про публічні закупівлі

{Цей Закон вводиться в дію: з 1 квітня 2016 року - для центральних органів виконавчої влади та замовників, що здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання; з 1 серпня 2016 року - для всіх замовників - див. пункт 1 розділу IX цього Закону}

Цей Закон установлює правові та економічні засади здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для забезпечення потреб держави та територіальної громади.

Метою цього Закону є забезпечення ефективного та прозорого здійснення закупівель, створення конкурентного середовища у сфері публічних закупівель, запобігання проявам корупції у цій сфері, розвиток добросовісної конкуренції.

Розділ I ЗАГАЛЬНІ ПОЛОЖЕННЯ

Стаття 1. Визначення основних термінів

1. У цьому Законі нижченаведені терміни вживаються в такому значенні:

1) авторизований електронний майданчик - авторизована Уповноваженим органом інформаційно-телекомунікаційна система, яка є частиною електронної системи закупівель та забезпечує реєстрацію осіб, автоматичне розміщення, отримання і передання інформації та документів під час проведення процедур закупівель, користування сервісами з автоматичним обміном інформацією, доступ до якого здійснюється за допомогою мережі Інтернет. Порядок авторизації електронних майданчиків визначається Кабінетом Міністрів України;

Коментар:

Порядок авторизації визначено постановою КМУ від 24 лютого 2016 р. № 166.

*Оператор авторизованого електронного майданчика повинен відповідати таким вимогам:
бути зареєстрованим в установленому законодавством порядку;
мати в наявності інформацію в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб - підприємців та громадських формувань, що передбачена частиною другою статті 9 Закону України "Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб - підприємців та громадських формувань" про кінцевого бенефіціарного власника (контролера) юридичної особи;
не мати порушення провадження у справі про банкрутство, а також не перебувати у процесі ліквідації.*

Оператори майданчиків можуть надавати послуги учасникам ринку публічних закупівель відповідно до рівнів акредитації, визначених у п. 12 Порядку функціонування електронної системи закупівель та проведення авторизації електронних майданчиків, затвердженого постановою КМУ від 24.02.16 р. № 166.

Наказами Мінекономрозвитку України «Про попередню авторизацію електронних майданчиків» від 31.03.2016 р. № 570, від 01.04.2016 р. № 588, від 05.04.2016 р. № 626, від 07.04.2016 р. № 633, від 19.04.2016 р. № 714, від 22.04.2016 р. № 732, від 29.04.2016 р. № 776, від 10.05.2016 №793, від 25.08.2016 №1403, від 15.09.2016 №1596, від 21.10.2016 №1764, від 04.11.2016 №1862 та від 24.11.2016 №1960 до переліку майданчиків, що попередньо авторизовані, включені наступні електронні майданчики:

За 1-4 рівнем акредитації:

- «Держзакупівлі.Онлайн» (адреса в мережі Інтернет — www.dzo.com.ua; оператор — ТОВ «Держзакупівлі.Онлайн», вул. Воздвиженська, 106, оф. 23, м. Київ, 04071, код згідно з ЄДРПОУ — 39008321);
- «SmartTender.biz» (адреса в мережі Інтернет — <https://smarttender.biz>; оператор — ТОВ «Науково-виробниче підприємство «Інформаційні технології», вул. Є. Чавдар, 5, оф. 212, м. Київ, 02140, код згідно з ЄДРПОУ — 30116577);
- «zakurki.prom.ua» (адреса в мережі Інтернет — <https://zakurki.prom.ua>; оператор — ТОВ «ЗАКУПКИ.ПРОМ.УА», Харківське шосе, 201–203, корпус 2а, літ. «Ф», офіс 114, м. Київ, 02121, код згідно з ЄДРПОУ — 40283641);
- «ПриватМаркет» (адреса в мережі Інтернет — <https://privatmarket.ua>; оператор — ПАТ КБ «ПРИВАТБАНК», вул. Набережна Перемоги, 50, м. Дніпропетровськ, 49094, код згідно з ЄДРПОУ — 14360570);
- «NEWTEND» (адреса в мережі Інтернет — <https://newtend.com>; оператор — ТОВ «NEWTEND», бул. Івана Лепсе 6, літера 3, м. Київ, 03680, код згідно з ЄДРПОУ — 3919252);
- «Українська універсальна біржа» (в мережі Інтернет — <https://e-tender.biz>; оператор — Українська універсальна біржа, вул. Шевченка, 52, м. Полтава, 36039, код згідно з ЄДРПОУ — 25158707);
- «Public Bid» (адреса в мережі Інтернет — <https://public-bid.com.ua>; оператор — ТОВ «ІТ Контракт», вул. Підгірна, 7/36, м. Київ, 04107, код згідно з ЄДРПОУ — 39230785);
- «Brizol.net» (адреса в мережі Інтернет — <https://brizol.net>; оператор — ТОВ «Бризоль Груп», вул. Олеся Гончара, 52, оф. 10, м. Київ, 01054, код згідно з ЄДРПОУ — 40492927);
- «OPEN TENDER» (адреса в мережі Інтернет — <https://open-tender.com.ua>; оператор — ТОВ «Юкрейн проперті Груп», вул. Олеся Гончара, 71, м. Київ, 01054, код згідно з ЄДРПОУ — 34925642);
- «ЗАКУРКИ UA» (адреса в мережі Інтернет — <https://zakurki.com.ua>; оператор — ТОВ «ЗАКУПІВЛІ ЮА», бул. Лесі Українки 5-А, оф. 10, м. Київ, 01133, код згідно з ЄДРПОУ — 40381929);
- «E-tender» (адреса в мережі Інтернет — <https://e-tender.biz>; оператор — ТОВ «Е-Тендер», вул. Дегтярівська, 21, літера «А», м. Київ, 04119, код згідно з ЄДРПОУ — 39484263);

За 1-2 рівнем акредитації:

- «АПС Солюшнс» (адреса в мережі Інтернет — <https://aps-market.com.ua>; оператор — ТОВ «АПС Солюшнс», вул. Гарматна, 35, кв. 14 м. Київ, 03067, код згідно з ЄДРПОУ — 38482533);
- «Про Закупівлі» (адреса в мережі Інтернет — <https://zakurkipro.com.ua>; оператор — ТОВ «Про Закупівлі», вул. Мирополита Василя Липківського, 16, м. Київ, 03035, код згідно з ЄДРПОУ — 40328577);
- «UPETEM» (адреса в мережі Інтернет — <https://upetem.com.ua>; оператор — ТОВ «УкрПЕТЕМ», вул. Івана Кудрі, 22а, м. Київ, 01042, код згідно з ЄДРПОУ — 40416158);

- **«TENDERMASTER»** (адреса в мережі Інтернет — <https://tendermaster.com.ua>; оператор – ТОВ «Квадро-Сервіс», вул. Малиновського 3, оф.17/6, м.Харків, 61052, код згідно з ЄДРПОУ — 22608469).

Кожен майданчик затверджує свій Регламент авторизованого електронного майданчика, який визначає правила роботи майданчика та порядок дій його користувачів. Хоча за відгуками учасників ринку закупівель це є проблемою, пов'язаною з різним трактуванням положень законодавства (наприклад оприлюднення змін до договору, проведення аукціонів по окремим лотам (а не по всім відразу), тощо). Тому вбачається доцільним уніфікувати регламенти роботи майданчиків та загальні рекомендації щодо користування сервісів майданчиків учасниками ринку закупівель.

2) афілійовані підприємства - підрозділи замовника, майно та операції яких зазначені в консолідованому балансі замовника, або суб'єкти господарювання, стосовно яких замовник здійснює контроль або які разом із замовником перебувають під контролем іншого суб'єкта господарювання;

Це визначення стосується закупівель підприємств, що діють в окремих сферах господарської діяльності, та зокрема застосовується у контексті спеціального винятку, передбаченого пунктом 1 частини 4 статті 2 цього Закону

3) веб-портал Уповноваженого органу з питань закупівель (далі - веб-портал Уповноваженого органу) - інформаційно-телекомунікаційна система, до складу якої входять модуль електронного аукціону і база даних, та який є частиною електронної системи закупівель та забезпечує створення, зберігання та оприлюднення всієї інформації про закупівлі, проведення електронного аукціону, автоматичний обмін інформацією і документами та користування сервісами з автоматичним обміном інформацією, доступ до якого здійснюється за допомогою мережі Інтернет. Забезпечення функціонування веб-порталу Уповноваженого органу здійснюється у тому числі за рахунок надання авторизованим електронним майданчикам платного доступу до модуля електронного аукціону та бази даних. Порядок надання доступу та розмір плати встановлюються Кабінетом Міністрів України;

Коментар:

Наказом Мінекономрозвитку від 18.03.2016 №473 веб-порталом Уповноваженого органу визначено інформаційно-телекомунікаційну систему «Prozorro» за адресою в мережі Інтернет: www.prozorro.gov.ua. Наказом Мінекономрозвитку від 23.08.2016 №1398 визначено, що відповідальним за функціонування порталу є ДП «Прозорро» (правонаступник ДП «Зовнішторгвидав»).

Порядок надання доступу та розмір плати за користування сервісом встановлено постановою КМУ від 24 лютого 2016 року №166.

4) діяльність в окремих сферах господарювання - діяльність, що здійснюється в одній або декількох з таких сфер:

забезпечення виробництва, транспортування, постачання та зберігання газу;

забезпечення виробництва, транспортування та постачання теплової енергії;

забезпечення виробництва, передачі, розподілу, купівлі-продажу, постачання електричної енергії, централізованого диспетчерського (оперативно-технологічного) управління

об'єднаною енергетичною системою України;

забезпечення виробництва, транспортування та постачання питної води, забезпечення функціонування централізованого водовідведення;

надання послуг з користування інфраструктурою залізничного транспорту загального користування, забезпечення функціонування міського електричного транспорту та експлуатація його об'єктів для надання послуг з перевезення;

надання послуг автостанцій, портів, аеропортів, послуг з аеронавігаційного обслуговування польотів повітряних суден;

надання послуг поштового зв'язку, геологічне вивчення (у тому числі дослідно-промислового розробка родовищ) нафтогазоносних надр, родовищ вугілля та інших видів твердого палива;

забезпечення функціонування та експлуатація телекомунікаційних мереж фіксованого зв'язку загального користування або надання загальнодоступних телекомунікаційних послуг;

забезпечення транспортування, зберігання, переробки нафти та нафтопродуктів сирих;

забезпечення функціонування ринку електричної енергії, ринку "на добу наперед", балансуючого ринку, ринку допоміжних послуг, а також надання послуг системного оператора, адміністратора розрахунків, адміністратора комерційного обліку, оператора ринку, гарантованого покупця відповідно до положень Закону України "Про засади функціонування ринку електричної енергії України", надання допоміжних послуг на ринку допоміжних послуг та послуг з вирівнювання умов для конкуренції відповідно до положень Закону України "Про засади функціонування ринку електричної енергії України";

розроблення, виготовлення, реалізація, ремонт, модернізація та утилізація озброєння, військової техніки, військової зброї і боєприпасів до неї, організація, координація, а також безпосереднє постачання товарів, виконання робіт та надання послуг на виконання державного оборонного замовлення.

Не вважається діяльністю в окремих сферах господарювання така діяльність:

виробництво та постачання теплової енергії до мереж загального користування, якщо таке виробництво є наслідком іншої виробничої діяльності замовника, крім діяльності, що здійснюється у сферах, визначених у цьому пункті, при цьому постачання теплової енергії здійснюється лише в цілях економної експлуатації виробничих потужностей замовника, а доходи від цієї діяльності не перевищують 20 відсотків середньорічного доходу за попередні три роки, включаючи дохід за поточний рік;

виробництво, передача та постачання електричної енергії до мереж загального користування, якщо таке виробництво, передача та постачання є необхідними для споживання самим замовником для здійснення іншої виробничої діяльності, крім діяльності, що провадиться у сферах, визначених у цьому пункті, а обсяг постачання електричної енергії замовником до мереж загального користування залежить від рівня його власного споживання, за умови, що власне споживання є не меншим ніж 70 відсотків загального обсягу виробленої замовником електроенергії, розрахованого за середньорічними показниками виробництва за попередні три роки, включаючи показники за поточний рік;

виробництво, транспортування та постачання питної води в мережі загального користування, якщо таке виробництво, транспортування та постачання є необхідними для споживання самим замовником для здійснення іншої виробничої діяльності, крім діяльності, що провадиться у сферах, визначених у цьому пункті, а обсяг постачання питної води замовником для загального користування залежить від рівня його власного споживання, за умови, що власне споживання є не меншим ніж 70 відсотків загального обсягу виробленої замовником питної води, розрахованого за середньорічними показниками виробництва за попередні три роки, включаючи показники за поточний рік;

Зазначений перелік діяльності є одним з критеріїв відповіді на питання чи є той чи інший суб'єкт господарювання замовником у розумінні цього закону і чи на його закупівлі поширюються вимоги цього закону. Цей перелік прямо пов'язаний з визначенням «замовник» у пункті 9 статті 1 Закону та положеннями частини 1 і 4 статті 2 Закону щодо сфери його застосування.

5) договір про закупівлю - договір, що укладається між замовником і учасником за результатами проведення процедури закупівлі та передбачає надання послуг, виконання робіт або набуття права власності на товари;

Коментар:

З даного визначення можна відразу відмітити наступні особливості щодо віднесення договору до договорів про закупівлю:

- ***договір про закупівлю це той договір, який укладається за результатами процедур закупівель (тобто договір, укладений без проведення процедур закупівель, не є договором про закупівлю у розумінні Закону);***
- ***договір передбачає надання послуг, виконання робіт чи набуття права власності (тобто, договір, відповідно до якого замовник не отримує право власності на товар, або замовнику не надаються послуги чи йому не виконуються роботи, а, наприклад, замовник відшкодовує понесені третьою особою витрати, чи надає доручення щось для нього купити тощо, не може бути договором про закупівлю).***

Крім цих особливостей, що впливають з власне визначення Закону, необхідно враховувати наступні ключові аспекти укладання договорів про закупівлю, а саме:

- ***визначення предмета договору, що базується на понятті «предмет закупівлі» і який визначається за спеціальним Порядком, затвердженим наказом Мінекономрозвитку від 17.03.2016 № 454);***
- ***ціна договору про закупівлю – це ціна товару, роботи чи послуги, зазначена у пропозиції учасника-переможця процедури закупівлі (враховуючи результати електронного аукціону);***
- ***строки укладення – законом встановлені спеціальні граничні строки для укладення договорів про закупівлю в залежності від застосованої процедури.***

Законом встановлено наступні строки укладення договорів:

- при процедурі відкритих торгів/конкурентного діалогу договір укладається не раніше ніж через календарних 10 днів з дня опублікування повідомлення про намір укласти договір та не пізніше календарних 20 днів з дня визначення переможця.

- при переговорній процедурі - не раніше ніж через 10 календарних днів з дня опублікування повідомлення про намір укласти договір за новим Законом і не пізніше 35 днів (20 днів - у разі застосування переговорної процедури закупівлі з підстав, визначених пунктом 3 частини другої статті 35, 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, послуг поштового зв'язку, поштових марок та маркованих конвертів, 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).

- ***умови і спосіб досягнення згоди сторін – через проведення законодавчо описаної процедури закупівлі***
- ***особливості відповідальності сторін договору і його нікчемності -- оскільки замовники є суб'єктами господарювання, що в переважній більшості належать до державного сектора економіки, то визначаючи умови договору, які регулюють відповідальність, слід керуватися ст. 231 ГКУ та Законом України “Про відповідальність за несвоєчасне виконання грошових зобов'язань”, зокрема мінімальним набором умов про відповідальність виконавця є такі:***

<i>Вид порушення зобов'язання</i>	<i>Розмір штрафу (пені)</i>
<i>порушення умов щодо якості (комплектності) товарів (робіт, послуг)</i>	<i>штраф у розмірі 20% вартості неякісних (некомплектних) товарів (робіт, послуг)</i>
<i>порушення строків виконання зобов'язання</i>	<i>пеня у розмірі 0,1 % вартості товарів (робіт, послуг), з яких допущено прострочення виконання за кожний день прострочення, а за прострочення понад 30 днів додатково стягується штраф у розмірі 7 відсотків вказаної вартості</i>

Договір про закупівлю укладається відповідно до положень ЦКУ та ГКУ з урахуванням особливостей, визначених цим Законом.

На відміну від попереднього Закону про державні закупівлі новий Закон не вимагає виключно письмового оформлення договорів про закупівлю. Частина перша статті 36 нового Закону посилається на норми чинного ЦКУ та ГКУ. Оскільки Цивільний кодекс дозволяє укладення договорів¹ в електронній формі, укладення договорів про закупівлю в електронній формі також є прийнятним, якщо для цього є відповідні технічні та організаційно-правові передумови як у замовника, так і у переможця торгів.

Основні вимоги до договору про закупівлю викладені у статті 36 Закону, тому див. також Коментарі до статті 36.

б) електронна система закупівель - інформаційно-телекомунікаційна система, що забезпечує проведення процедур закупівель, створення, розміщення, оприлюднення та обмін інформацією і документами в електронному вигляді, до складу якої входять веб-портал Уповноваженого органу, авторизовані електронні майданчики, між якими забезпечено автоматичний обмін інформацією та документами;

Коментар:

Концепція електронних публічних закупівель полягає у використанні електронних засобів на кожному етапі закупівельного процесу — від визначення вимог, оприлюднення річних планів і тендерної документації до подання пропозицій, їх оцінки та в подальшому перехід до електронної форми договорів і їх електронного адміністрування. Процес електронних закупівель забезпечується завдяки використанню мережі Інтернет та спеціальних веб-сайтів. Процедура електронних закупівель передбачає використання спеціально розроблених веб-сайтів, обмін стандартними електронними документами та повідомленнями між замовниками та учасниками процедур закупівель.

¹ Стаття 205 Цивільного кодексу України визначає, що правочин може вчинятися усно або в письмовій (електронній) формі. Сторони мають право обирати форму правочину, якщо інше не встановлено законом.

До складу електронної системи входять веб-портал www.prozorro.gov.ua, який крім джерела оприлюднення інформації про закупівлі відіграє роль центральної бази даних та єдиного модулю аукціону, та авторизовані електронні майданчики, зазначені в Коментарях до пункту 1 цієї статті.

7) забезпечення виконання договору про закупівлю - надання забезпечення виконання зобов'язань учасника перед замовником за договором про закупівлю;

Коментар:

Замовник має право вимагати від учасника-переможця внесення ним, не пізніше дати укладення договору про закупівлю, забезпечення виконання такого договору, якщо внесення такого забезпечення передбачене тендерною документацією .

Замовник повертає забезпечення виконання договору про закупівлю після виконання учасником-переможцем договору, а також у разі визнання судом результатів процедури закупівлі або договору про закупівлю недійсними.

Розмір забезпечення виконання договору про закупівлю не може перевищувати 5 % вартості договору.

Основні вимоги щодо внесення забезпечення виконання договору про закупівлю та його повернення визначені у статті 26 Закону.

На відміну від забезпечення тендерної пропозиції (див. нижче), де допускається лише гарантія у якості забезпечення, Закон, у випадку забезпечення виконання договору, надає замовнику свободу вибору можливих видів (способів) такого забезпечення. Ще одна відмінність полягає у тому, що забезпечення виконання договору може вимагатися у випадку всіх процедур закупівлі, зокрема і переговорної процедури, тоді як забезпечення тендерної пропозиції не може вимагатися у разі застосування переговорної процедури.

8) забезпечення тендерної пропозиції - надання забезпечення виконання зобов'язань учасника перед замовником, що виникли у зв'язку з поданням тендерної пропозиції, у вигляді такого забезпечення, як гарантія;

Коментар:

Замовник має право вимагати від усіх учасників у складі тендерних пропозицій внесення забезпечення тендерної пропозиції. Метою такого забезпечення є гарантування замовнику прийняттого захисту від "недобросовісних" учасників. Наголошуємо, що це право замовника, а не обов'язок у всіх процедурах закупівлі, однак якщо замовник використовує таке право у певному тендері, у такому разі це стає обов'язковою вимогою для всіх учасників торгів.

Отже, Законом закріплено саме добровільність цього інструменту, оскільки його застосування може мати потенційно негативний ефект, як-то обмеження конкуренції внаслідок додаткових фінансових витрат на оформлення забезпечення (особливо у сферах, де є брак обігових коштів (науково-дослідні послуги, легка промисловість тощо) або можливе підвищення вартості пропозицій (витрати на забезпечення учасники закладають в ціни пропозицій). Цей підхід (необов'язковість забезпечення, - як право на розсуд замовника у конкретній закупівлі) повторює міжнародний досвід, закріплений, наприклад, в Угоді Світової Організації Торгівлі про державні закупівлі.

Розмір забезпечення тендерної пропозиції становить $\leq 0,5\%$ для робіт; $\leq 3,0\%$ для товарів, та послуг).

Види гарантії:

- банківська гарантія
- страхова гарантія
- гарантія фінансової установи.

Найбільш поширеною на практиці вважається вимога замовника про надання забезпечення у формі банківської гарантії. Певні вимоги до банківських гарантії закріплені у статтях 560

Цивільного кодексу України і 200 Господарського кодексу України та деталізовані у постанові Національного банку України від 15.12.2004 № 639.

Строк повернення забезпечення тендерної пропозиції становить 5 банківських днів.

Основні вимоги щодо внесення забезпечення та його повернення визначені у статті 24 Закону.

У разі виникнення питань щодо надання гарантій в електронній формі відповідну інформацію можна знайти на веб-порталі Уповноваженого органу за посиланням <https://prozorro.gov.ua/ua/zamovniku/>. Крім цього, за консультаціями з цього питання можна також звертатися на електронну пошту: FEEDBACK@PROZORRO.GOV.UA.

9) замовники - органи державної влади, органи місцевого самоврядування та органи соціального страхування, створені відповідно до закону, а також юридичні особи (підприємства, установи, організації) та їх об'єднання, які забезпечують потреби держави або територіальної громади, якщо така діяльність не здійснюється на промисловій чи комерційній основі, за наявності однієї з таких ознак:

юридична особа є розпорядником, одержувачем бюджетних коштів;

органи державної влади чи органи місцевого самоврядування або інші замовники володіють більшістю голосів у вищому органі управління юридичної особи;

у статутному капіталі юридичної особи державна або комунальна частка акцій (часток, паїв) перевищує 50 відсотків.

До замовників також належать юридичні особи та/або суб'єкти господарювання, які здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання та відповідають хоча б одній з таких ознак:

органам державної влади, органам влади Автономної Республіки Крим, органам місцевого самоврядування належить частка у статутному капіталі суб'єкта господарювання в розмірі більше ніж 50 відсотків або такі органи володіють більшістю голосів у вищому органі суб'єкта господарювання чи правом призначати більше половини складу виконавчого органу або наглядової ради суб'єкта господарювання;

наявність спеціальних або ексклюзивних прав;

Коментар:

Всіх замовників умовно можна розділити на 3 групи:

- 1) «традиційні замовники-бюджетники» -- органи державної влади, органи місцевого самоврядування та органи соціального страхування, створені відповідно до закону та які фінансуються з державного або місцевих бюджетів, а також юридичні особи-бюджетні установи, що фінансуються з державного або місцевих бюджетів (заклади охорони здоров'я, освіти, науки, культури тощо);
- 2) «підприємства» -- державні або комунальні підприємства та їх об'єднання як юридичні особи, які забезпечують потреби держави або територіальної громади, якщо така діяльність не здійснюється на промисловій чи комерційній основі за наявності однієї з таких ознак:
 - юридична особа є розпорядником, одержувачем бюджетних коштів;
 - органи державної влади чи органи місцевого самоврядування або інші замовники володіють більшістю голосів у вищому органі управління юридичної особи;
 - у статутному капіталі юридичної особи державна або комунальна частка акцій (часток, паїв) перевищує 50 відсотків;

3) «монополісти» -- суб'єкти господарювання (переважно державної або комунальної власності), які займають переважно монополіне становище у чітко перерахованих у Законі (пункт 4 статті 1) суспільно важливих видах діяльності (комунальні послуги, електропостачання, аеропорти і морські порти, залізничний і міський електротранспорт тощо).

Отже всі органи державної влади та місцевого самоврядування, а також організації та установи, які утримуються за рахунок бюджетних коштів (розпорядники коштів) або мають статус одержувача бюджетних коштів, однозначно набувають статусу замовника в розумінні Закону та мають здійснювати закупівлі за процедурами, встановленими Законом. Так само зрозуміло з групою 3 «монополісти».

Більш складніше визначитися з необхідністю застосування Закону юридичним особам групи 2 «підприємства», які не отримують фінансування з бюджету, але при цьому створені державними органами для забезпечення певних суспільних потреб.

Під час аналізу питання, чи забезпечує та чи інша юридична особа потреби держави/територіальної громади, варто звертати увагу на нормативно-правові акти, розпорядчі рішення, положення установчих документів тощо, які містять функцію або обов'язок такої юридичної особи забезпечувати зазначені потреби.

Суспільні (публічні) потреби варто розуміти як потреби держави і територіальної громади, необхідні для виконання нею своїх конституційних функцій (законотворчість, державне управління, регулювання економіки, справляння податків, забезпечення прав людини, боротьба з правопорушеннями, збереження цілісності держави, недоторканості кордонів держави, збереження природних ресурсів тощо).

До потреб територіальної громади можна віднести потребу в більш високій якості життя громади, що реалізується у медичному обслуговуванні, освіті, безпеці, транспортному забезпеченні, комунально-побутових умовах, культурному розвитку тощо.

Саме ознака того, з якою метою забезпечується той чи інший інтерес держави і є ключовою для визначення статусу замовника і розмежування випадків, коли юридична особа не може бути визнана замовником, оскільки діє в умовах нормального конкурентного ринку, а отже купує/виробляє та реалізує продукцію (роботи, послуги) на суто комерційній основі з метою отримання прибутку, а не з метою забезпечення певних суспільних потреб, маючи при цьому певні переваги чи взагалі виключні права в порівнянні з іншими суб'єктами господарювання.

Важливим елементом для розуміння поняття "замовник" у контексті Закону є спосіб, у який держава або органи місцевого самоврядування забезпечують свої потреби: 1) на комерційній чи промисловій основі; 2) на умовах, установлених рішеннями державних органів, які зобов'язують юридичних осіб забезпечувати державні чи громадські потреби в певний спосіб та на певних умовах.

Ознака закупівлі на промисловій основі може тлумачитися як придбання ресурсів для власного виробництва спрямованого на отримання власного прибутку, що дозволяє підприємству підвищити ефективність власного виробництва чи управління бізнесом, вдосконалити технологічні процеси, або економити ресурси тощо.

Ознака діяльності на комерційній основі, відповідно, трактується як пропозиція товарів чи послуг суто з метою отримання прибутку на ринку, де рішення щодо вибору товарів та їх ціни приймають споживачі самостійно, і найважливіше, що всі економічні ризики щодо результатів такої діяльності несе сама юридична особа (держава чи місцеве самоврядування не покривають витрати суб'єкта господарювання і не регулюють ціни на його продукцію).

Діяльність не є комерційною чи промисловою у разі якщо держава, підконтрольні їй організації при забезпеченні певної суспільної потреби керуються іншими мотивами ніж прибутковість, водночас така діяльність не залежить від економічних ризиків і витрат на неї (оскільки держава визначила мету організації саме для здійснення такої діяльності та нормативно встановила спосіб, умови, ціни, тарифи тощо).

Натомість, діяльність здійснюється на комерційній основі у випадках, коли потреби держави та територіальної громади забезпечуються на конкурентному ринку.

Різниця в забезпеченні потреб у вище перелічених випадках полягає в тому, що в першому

випадку контролювані державою інституції (організації) виконують публічні функції та зобов'язання перед державою чи громадою, що установлені нормативно-правовими актами, розпорядчими рішеннями, статутами юридичних осіб, а не здійснюють таку діяльність добровільно на комерційній основі, де прибутковість є основною мотивацією.

Останнє речення пункту дев'ять статті 1 Закону щодо «спеціальних або «ексклюзивних прав» стосується здебільшого державних та комунальних підприємств, а інколи навіть приватних, частково приватизованих компаній, які забезпечують потреби суспільства в інфраструктурних галузях, на ринках, що характеризуються станом природної монополії. Держава, вважаючи за необхідне гарантувати доступність, стабільність та надійність так званих комунальних послуг населенню, з одного боку, зобов'язує відповідні компанії-оператори надавати їх послуги на певних встановлених державою умовах (регульовані ринки), а з іншого боку, надає цим компаніям монополні, виключні чи спеціальні права і захищає їх від конкурентного тиску.

Зокрема це стосується діяльності у сферах енергозабезпечення, тепло- та водопостачання, транспорту..

Розглянемо декілька прикладів кваліфікації замовників.

1. Акціонерне товариство створено рішенням Кабінету Міністрів України для здійснення господарської діяльності в галузі виробництва та реалізації високоефективних лікарських засобів та пов'язаної з ними продукції, впровадження сучасних технологій виробництва, з метою насичення ринку та задоволення потреб населення.

70 % відсотків акцій товариства належать державі. При цьому, Товариство не є одержувачем бюджетних коштів, а його діяльність здійснюється на промисловій основі. Згідно статуту однією з цілей діяльності товариства є одержання прибутку.

Ринок виробництва ліків є максимально конкурентним. З одного боку, виходячи з положень статуту, підприємство створене для забезпечення потреб населення в широкому сенсі у лікарських засобах вітчизняного виробництва, але з іншого боку, державні органи не забезпечують це підприємство спеціальними правами, що надали б йому більш потужну ринкову позицію порівняно з фірмами - конкурентами. Отже, таке підприємство не може вважатися замовником за Законом, і в цьому контексті не має значення те, що більше половини акцій підприємства належать державі або те, що таке підприємство бере участь у державних тендерах та перемагаючи, укладає договори поставки лікарських засобів державним організаціям у такому випадку на комерційній основі.

2. Підприємство входить до сфери управління Міністерства освіти і науки України і є державним спеціалізованим видавництвом.

Підприємство надає послуги з виготовлення книжок для закладів освіти, зокрема підручників для сліпих дітей «шрифтом Брайля». Крім цього, підприємство надає видавничі послуги будь-яким іншим замовникам, які не є бюджетними установами, тобто здійснює звичайну комерційну діяльність.

Підприємство не визначено в установленому порядку одержувачем бюджетних коштів і бере участь на рівних з іншими суб'єктами господарювання у процедурах закупівель для укладення договорів на закупівлю із замовниками згідно Закону.

Тобто, поточні кошти для забезпечення діяльності Підприємства складаються із власних коштів Підприємства, отриманих від комерційної діяльності і коштів, отриманих у встановленому Законом порядку після успішної участі в процедурах публічних закупівель.

Таким чином, зазначене Підприємство не є замовником у розумінні Закону.

3. Підприємство створено відповідним державним органом з метою забезпечення збереження та утилізації радіоактивних відходів та наділене спеціальними правами з виконання таких робіт.

Зокрема, відповідним наказом державного органу Підприємство призначено

експлуатуючою організацією (оператором) на всіх етапах життєвого циклу сховищ для захоронення радіоактивних відходів. Виконання робіт фінансується частково за рахунок бюджетних коштів та частково за рахунок коштів підприємства, отриманих в результаті господарської діяльності.

Підприємство створене для забезпечення суспільних потреб із забезпечення збереження та утилізації радіоактивних відходів та наділене відповідними спеціальними правами.

Підприємство також підпадає під ознаку передбачене другим абзацом пункту 9 цієї статті Закону, а саме є одержувачем бюджетних коштів та уповноважене розпорядником бюджетних коштів на здійснення заходів, передбачених відповідною бюджетною програмою.

Таким чином, незважаючи на те, що частково виконання робіт фінансується за рахунок власних коштів підприємства, воно підпадає під визначення замовника згідно Закону.

4. Державне підприємство-проектна організація за результатами архітектурного конкурсу та наступної за ним переговорної процедури стала виконавцем робіт за бюджетні кошти щодо створення проекту реконструкції об'єкту культурної спадщини національного значення.

В даному випадку підприємство вибране стороною договору про закупівлю за переговорною процедурою у відповідності до підстави визначеної у пункті 1 частини другої статті 35 Закону (закупівлі творів мистецтва або закупівлі, пов'язаної із захистом прав інтелектуальної власності, або укладення договору про закупівлю з переможцем архітектурного чи мистецького конкурсу).

При цьому кошти, які отримує підприємство після перерахування на власний рахунок втрачають статус бюджетних, а тому їх використання підприємством, навіть у разі здійснення подальших закупівель, необхідних для виконання укладеного договору, здійснюється без застосування процедур закупівель, встановлених Законом.

Таким чином підприємство не є замовником у межах застосування Закону.

10) інформаційний ресурс Уповноваженого органу - сайт, наповнення якого здійснює Уповноважений орган та на якому надаються безоплатні консультації з питань закупівель, доступ до якого здійснюється через мережу Інтернет;

Коментар:

Вхід до інформаційного ресурсу здійснюється з офіційного сайту Мінекономрозвитку за посиланням [«http://me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=8245ceea-6349-45c2-a2cf-35791699407f&title=InformatsiiniResurs»](http://me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=8245ceea-6349-45c2-a2cf-35791699407f&title=InformatsiiniResurs).

Адміністратором Інформаційного ресурсу є Департамент регулювання публічних закупівель Мінекономрозвитку, що має повний набір прав на технічне управління Інформаційним ресурсом.

Наповнення Інформаційного ресурсу здійснюється відповідно до підпункту 59¹ пункту 4 Положення про Міністерство економічного розвитку і торгівлі України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 20.08.2014 № 459 (зі змінами).

Інформаційний ресурс містить такі рубрики:

- Політика
- Міжнародна діяльність
- Консультації з питань закупівель
- Нормативна база
- Державні закупівлі (архівна інформація)

Для надання допомоги у користуванні ресурсом на сайті Мінекономрозвитку розміщена інструкція користувача ресурсу, в якій викладені послідовність дій для отримання необхідної інформації чи консультацій щодо публічних закупівель.

11) моніторинг закупівель - аналіз дотримання замовником законодавства у сфері публічних закупівель на всіх стадіях процедури закупівлі шляхом систематичного спостереження та аналізу інформації за допомогою електронної системи закупівель;

Коментар:

Згідно частини 3 статті сьомої Закону відтепер моніторинг здійснюється Державною аудиторською службою України (ДАСУ) шляхом спостереження за інформацією розміщеною на веб-порталі Уповноваженого органу. Порядок такого моніторингу має бути затверджений Міністерством фінансів України.

Станом на грудень 2016 року такий порядок не затверджений.

В Положенні про Державну аудиторську службу України, затвердженому постановою КМУ від 03 лютого 2016 року № 43, моніторинг закупівель визначений як один з видів державного фінансового контролю.

Водночас, у 2017 році очікується внесення змін до Закону України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні» в частині запровадження моніторингу як одного із видів контролю, а також певні зміни до Закону про публічні закупівлі.

12) найбільш економічно вигідна пропозиція - пропозиція, що визнана найкращою за результатами оцінки тендерних пропозицій відповідно до статті 28 цього Закону;

Коментар:

Відповідно до статті 28 Закону є два підходи до визначення найбільш економічно вигідної пропозиції. Зокрема:

у разі здійснення закупівлі товарів, робіт і послуг, що виробляються, виконуються чи надаються не за окремо розробленою специфікацією (технічним проектом), для яких існує постійно діючий ринок, - ціна;

у разі здійснення закупівлі, яка має складний або спеціалізований характер (у тому числі консультаційних послуг, наукових досліджень, експериментів або розробок, дослідно-конструкторських робіт), - ціна разом з іншими критеріями оцінки.

Такі критерії визначає замовник в залежності від складності закупівлі. Зокрема це можуть бути: умови оплати, строк виконання, гарантійне обслуговування, експлуатаційні витрати, передача технології та підготовка управлінських, наукових і виробничих кадрів. Перелік критеріїв не виключний.

Оцінка тендерних пропозицій проводиться автоматично електронною системою.

Якщо крім ціни замовником установлені інші критерії - до початку електронного аукціону автоматично, відповідно до методики оцінки, установлені замовником в тендерній документації, визначаються показники інших критеріїв оцінки та приведена ціна, після чого розкривається інформація про приведену ціну та перелік усіх приведених цін пропозицій, розміщений у порядку від найнижчої до найвищої ціни без зазначення найменувань та інформації про учасників.

Під час проведення електронного аукціону в електронній системі відображаються значення ціни пропозиції учасника та приведеної ціни.

Див. також коментарі до статті 28 Закону.

13) оголошення про проведення процедури закупівлі - оголошення про проведення відкритих торгів, оголошення про проведення конкурентного діалогу;

Коментар:

Оголошення про проведення оприлюднюється за двома процедурами закупівлі (відкриті торги та конкурентний діалог). За переговорною процедурою оприлюднення оголошення Законом не передбачено.

Форми оголошення про проведення процедур закупівлі та інструкції щодо їх заповнення затверджені наказом Мінекономрозвитку від 22.03.2016 №490.

Оголошення про проведення процедури закупівлі підлягає оприлюдненню на веб-порталі Уповноваженого органу. З моменту оприлюднення оголошення про відповідну процедуру така процедура закупівлі вважається розпочатою.

При цьому, згідно Закону саме з моменту оприлюднення оголошення починається відлік часу для підготовки пропозицій учасниками та до кінцевого строку подання пропозицій. В залежності від процедури закупівлі цей строк може становити: не менше 15 днів (30 днів у разі, якщо оголошення про проведення процедури закупівлі оприлюднюється відповідно до норм частини четвертої статті 10 Закону) при застосуванні процедури відкритих торгів; не менше 30 днів при застосуванні процедури конкурентного діалогу.

14) орган оскарження - Антимонопольний комітет України;

Коментар:

Відповідно частини третьої статті 8 Закону АМКУ як орган оскарження з метою неупередженого та ефективного захисту прав та законних інтересів осіб, пов'язаних з участю у процедурах закупівлі, створює постійно діючу адміністративну колегію з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері закупівель. Рішення постійно діючої адміністративної колегії приймаються від імені АМКУ.

Постійно діюча адміністративна колегія АМКУ з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері закупівель діє у складі трьох державних уповноважених АМКУ.

Порядок оскаржень дій замовників та процедура розгляду таких скарг визначені у статті 18 Закону.

15) переможець процедури закупівлі - учасник, тендерна пропозиція якого відповідає всім критеріям та умовам, що визначені у тендерній документації, і визнана найбільш економічно вигідною, та якому замовник повідомив про намір укласти договір, або учасник, якому замовник повідомив про намір укласти договір за результатами застосування переговорної процедури закупівлі;

Коментар:

Потрібно усвідомлювати, що переможець процедури закупівлі не завжди автоматично стає стороною договору у якості виконавця.

По-перше, з моменту визначення переможця у інших учасників є встановлений Законом строк для оскарження такого рішення замовника (10 календарних днів з дня оприлюднення рішення у формі повідомлення про намір укласти договір).

По-друге, відповідно до частини 3 статті 32 Закону у разі відмови переможця торгів від підписання договору про закупівлю відповідно до вимог тендерної документації або неукладення договору про закупівлю з вини учасника у визначений строк, або ненадання переможцем документів, що підтверджують відсутність підстав, передбачених статтею 17 Закону, замовник відхиляє тендерну пропозицію такого учасника та визначає переможця серед тих учасників, строк дії тендерної пропозиції яких ще не минув..

16) пов'язана особа - особа, яка відповідає будь-якій з таких ознак:

юридична особа, яка здійснює контроль над учасником процедури закупівлі або контролюється таким учасником процедури закупівлі, або перебуває під спільним контролем з таким учасником процедури закупівлі;

фізична особа або члени її сім'ї, які здійснюють контроль над учасником процедури закупівлі;

службова (посадова) особа учасника процедури закупівлі, уповноважена здійснювати від імені учасника процедури закупівлі юридичні дії, спрямовані на встановлення, зміну або зупинення цивільно-правових відносин, та члени сім'ї такої службової (посадової) особи;

фізичні особи - члени тендерного комітету, керівник замовника та/або члени їхніх сімей, які здійснюють контроль над учасниками процедури закупівлі або уповноважені здійснювати від імені учасника процедури закупівлі юридичні дії, спрямовані на встановлення, зміну або зупинення цивільно-правових відносин.

Під здійсненням контролю розуміється можливість здійснення вирішального впливу або вирішальний вплив на господарську діяльність учасника процедури закупівлі безпосередньо або через більшу кількість пов'язаних фізичних чи юридичних осіб, що здійснюється, зокрема, шляхом реалізації права володіння або користування всіма активами чи їх значною часткою, права вирішального впливу на формування складу, результати голосування, а також вчинення правочинів, що надають можливість визначати умови господарської діяльності, надавати обов'язкові до виконання вказівки або виконувати функції органу управління учасника процедури закупівлі, або володіння часткою (паєм, пакетом акцій), що становить не менше ніж 25 відсотків статутного капіталу учасника процедури закупівлі.

Для фізичної особи загальна сума володіння часткою у статутному капіталі учасника процедури закупівлі визначається залежно від обсягу корпоративних прав, що сукупно належать такій фізичній особі, членам її сім'ї та юридичним особам, які контролюються такою фізичною особою або членами її сім'ї.

Для цілей цього Закону членами сім'ї вважаються подружжя, діти, батьки, рідні брати і сестри, дідусь, бабуся, онуки, усиновлювачі, усиновлені, а також інші особи, за умови їх постійного проживання разом з пов'язаною особою і ведення з нею спільного господарства;

Коментар:

Відповідно до пункту 7 частини першої статті 17 Закону замовник приймає рішення про відмову учаснику в участі у процедурі закупівлі та зобов'язаний відхилити тендерну пропозицію учасника в разі, якщо тендерна пропозиція подана учасником процедури закупівлі, який є пов'язаною особою з іншими учасниками процедури закупівлі та/або з членом (членами) тендерного комітету, уповноваженою особою (особами) замовника.

Таким чином, термін "пов'язані особи" відноситься до відносин саме між учасниками торгів та/або між учасником (учасниками) і членом (членами) тендерного комітету чи уповноваженою особою замовника.

У випадку подання пов'язаними особами в межах однієї процедури закупівлі тендерних пропозицій щодо різних частин предмета закупівлі (лотів), розгляд, оцінка тендерних пропозицій та вибір переможця здійснюються замовниками окремо за різними частинами предмета закупівлі, що виключає виникнення між зазначеними особами будь-яких правовідносин, спрямованих на порушення добросовісної конкуренції серед учасників.

Тобто, у випадку, коли пропозиції подані пов'язаними особами в межах єдиної процедури закупівлі, але за різними лотами, замовник не має правових підстав відхилити ці пропозиції, відповідно до пункту 2 частини першої статті 30 Закону.

Разом з тим, у разі коли тендерні пропозиції подані пов'язаними особами у розумінні Закону по одному лоту в межах єдиної процедури закупівлі, замовник відхиляє такі тендерні пропозиції на підставі пункту 2 частини першої статті 30 Закону.

Нарешті, суто з формальної точки зору Закону не вважається випадком пов'язаності осіб ситуація (яка проте може дійсно здатися підозрілою і такою, що заслуговує на увагу контролюючих і правоохоронних органів), коли декілька учасників зареєстровані за однією

юридичною адресою, або фізично розташовані в одному приміщенні, або мають співзвучні назви, або були між собою контрагентами.

17) послуги - будь-який предмет закупівлі, крім товарів і робіт, зокрема транспортні послуги, освоєння технологій, наукові дослідження, науково-дослідні або дослідно-конструкторські розробки, медичне та побутове обслуговування, лізинг, найм (оренда), а також фінансові та консультаційні послуги, поточний ремонт;

Коментар:

Наведений у даному визначенні перелік послуг є невиключним та охоплює найбільш поширені (проте не всі) послуги, що купуються замовниками публічних закупівель.

Основні труднощі виникають у замовників в частині визначення необхідності застосування норм Закону при закупівлі послуг з поточного ремонту. З цього приводу є два аспекти проблеми. Перший пов'язаний із віднесенням тих чи інших послуг до поняття поточного ремонту. Другий - із застосування вартісних меж, передбачених абзацами 2 і 3 частини першої статті 2 Закону.

В частині віднесення певних послуг до поняття поточного ремонту, відповідно до листа Мінжитлокомунгоспу від 06.04.2009 р. № 9/8-457, замовники мають можливість використання наказу Держжитлокомунгоспу від 10.08.2004 № 150 «Про затвердження Примірною переліку послуг з утримання будинків і споруд та прибудинкових територій та послуг з ремонту приміщень, будинків, споруд».

Для визначення необхідності застосування Закону в залежності від очікуваної вартості поточного ремонту потрібно керуватися наказом Мінекономрозвитку від 17.03.2016 № 454 «Про затвердження Порядку визначення предмета закупівлі».

Згідно з пунктом 2 Порядку під час здійснення закупівлі послуг з поточного ремонту предмет закупівлі визначається за кожним окремим будинком, будівлею, спорудою, лінійним об'єктом інженерно-транспортної інфраструктури згідно з термінологією державних будівельних норм ДБН А.2.2-3:2014 "Склад та зміст проектної документації на будівництво", затверджених наказом Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 04 червня 2014 року № 163, та/або галузевих будівельних норм ГБН Г.1-218-182:2011 "Ремонт автомобільних доріг загального користування. Види ремонтів та переліки робіт", затверджених наказом Державної служби автомобільних доріг України від 23 серпня 2011 року № 301, із зазначенням у дужках предмета закупівлі відповідно до ЄЗС.

Таким чином, поточний ремонт кожного окремого будинку, будівлі, споруди, лінійного об'єкту інженерно-транспортної інфраструктури є окремим предметом закупівлі і не потребує застосування Закону у випадку, якщо вартість поточного ремонту об'єкту в цілому (а не за окремими приміщеннями чи видами ремонтно-будівельних робіт) менша ніж 200 тис. грн..

Див. також роз'яснення Мінекономрозвитку від 25.11.2016 №3302-01/38216-06.

18) предмет закупівлі - товари, роботи чи послуги, що закуповуються замовником у межах єдиної процедури закупівлі, щодо яких учасникам дозволяється подавати тендерні пропозиції або пропозиції на переговорах (у разі застосування переговорної процедури закупівлі). Предмет закупівлі визначається замовником у порядку, встановленому Уповноваженим органом;

Коментар:

З 1 серпня 2016 року визначення предмета закупівлі здійснюється згідно наказу Мінекономрозвитку від 17.03.2016 №454.

Наказом передбачено, що протягом 2016 року замовники застосовують одночасно Державний класифікатор продукції та послуг ДК 016-2010 (далі в цьому коментарі – Класифікатор), затверджений наказом Державного комітету України з питань технічного

регулювання та споживчої політики від 11.10.2010 № 457 та національний класифікатор України ДК 021:2015 "Єдиний закупівельний словник", затверджений наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 23.12.2015 № 1749.

З 1 січня 2017 року предмет закупівлі товарів і послуг визначається замовником згідно з пунктами 17 і 32 частини першої статті 1 Закону та на основі ЄЗС, за показником четвертої цифри основного словника із зазначенням у дужках конкретної назви товару чи послуг. Під час здійснення закупівлі лікарських засобів предмет закупівлі визначається за показником третьої цифри ЄЗС, із зазначенням у дужках міжнародної непатентованої назви лікарського засобу.

Визначення предмета закупівлі робіт здійснюється замовником згідно з пунктом 22 частини першої статті 1 Закону за об'єктами будівництва та з урахуванням ДСТУ Б.Д.1.1-1:2013 "Правила визначення вартості будівництва", прийнятих наказом Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 05 липня 2013 року № 293, а також галузевих будівельних норм ГБН Г.1-218-182:2011 "Ремонт автомобільних доріг загального користування. Види ремонтів та перелік робіт", затверджених наказом Державної служби автомобільних доріг України від 23 серпня 2011 року № 301, із зазначенням у дужках предмета закупівлі відповідно до показників другої - п'ятої цифр ЄЗС.

Крім цього, Порядок передбачає певні особливості визначення окремих предметів закупівлі. Зокрема, це стосується закупівель послуг з виконання науково-технічних робіт, а також послуг з оцінки майна під час приватизації; протезних виробів, що виготовляються за індивідуальним замовленням тощо. У цих випадках, як правило, передбачається конкретизація предмета закупівлі за номенклатурою чи окремим об'єктом/заходом.

19) приведена ціна - ціна, зазначена учасником у тендерній пропозиції та перерахована з урахуванням показників інших критеріїв оцінки за математичною формулою, визначеною замовником у тендерній документації;

20) публічна закупівля (далі - закупівля) - придбання замовником товарів, робіт і послуг у порядку, встановленому цим Законом;

Коментар:

Законом введено новий термін на заміну поняття «державна закупівля», проте по суті визначення терміну не змінилося.

21) рамкова угода - правочин, який укладається одним чи кількома замовниками (централізованими закупівельними організаціями) у порядку, встановленому цим Законом, з одним чи кількома учасниками процедури закупівлі з метою визначення основних умов закупівлі окремих товарів і послуг для укладення відповідних договорів про закупівлю протягом строку дії рамкової угоди;

Коментар:

На відміну від попереднього законодавства на заміну поняття «генеральний замовник» введено поняття «централізованої закупівельної організації», що відповідає європейській практиці.

Статтею 13 Закону визначений алгоритм проведення закупівель за рамковими угодами. Цією статтею також передбачено, що особливості укладення і виконання рамкових угод визначаються Уповноваженим органом. Відповідний наказ підготовлено і про нього докладніше у коментарях до статті 13.

Рамкові угоди, як правило, використовуються у випадках повторюваних закупівель з метою вибору певних суб'єктів господарювання, які у визначений час зможуть задовольнити потреби покупця. Зокрема, вони уможливають об'єднання повторюваних та однорідних закупівель і

надають різним замовникам можливість здійснити повторювані закупівлі продукції під час однієї процедури торгів. Таким чином, фактично, замовникам не потрібно буде щоразу проводити повторні торги для здійснення стандартних закупівель, що покликано забезпечити відповідну економію коштів та часу в державному секторі загалом.

При правильному застосуванні такий підхід забезпечує практичні вигоди, як для замовників, так і для постачальників, до яких можна віднести такі:

додаткова економія замовників за рахунок обсягу і тривалості рамкової угоди;

можливість формувати зведену потребу в інтересах кількох замовників та проведення меншої кількості торгів;

можливість укладення угоди до 4-х років (ділове співробітництво тривалий час).

Поряд з цим, слід розуміти і потенційні ризики як для замовника, так і учасників, а саме:

ризик обмеження конкуренції на ринку на час дії рамкової угоди;

ризик зменшеної гнучкості замовника у разі появи більш якісних і новітніх товарів (за тими ж або навіть нижчими цінами) і продавців;

потенційний ризик щодо безумовного права замовника відмовитись від укладання договору про закупівлю за рамковою угодою, який стримує вигідні пропозиції учасників.

Зважаючи на великий економічний вплив таких угод на ринки, вони повинні діяти за суровими загальними правилами, які мають утримувати визначену систему в правових рамках з дотриманням загальних принципів конкуренції, рівного ставлення та прозорості.

Конкретніше:

а) коли замовник укладає рамкову угоду, він може укласти договори про закупівлю на основі такої рамкової угоди лише протягом строку її дії. Строк дії рамкових угод не повинен перевищувати чотирьох років.

б) кожен договір про закупівлю, укладений за умовами рамкової угоди, має відповідати загальним принципам, якими керуються державні договори, тоді як рамкова угода укладається на основі положень законодавства про закупівлі;

с) сторони рамкової угоди мають обиратися на основі критеріїв визначення переможців торгів, передбачених законодавством про закупівлі.

Рамкові угоди відрізняються в залежності від:

1) вичерпності передбачених умов угоди;

2) кількості сторін угоди.

За першою ознакою фактично можливі дві різні ситуації:

а) рамкові угоди, у яких зафіксовано всі умови (ціни, кількість, технічні характеристики тощо); у цьому випадку, умови, що стосуються конкретних індивідуальних замовлень, мають обов'язковий для сторін рамкової угоди характер;

б) рамкові угоди, у яких не зафіксовані всі умови; такі угоди є неповними за визначенням: насправді вони або не містять певних умов, або не передбачають обов'язковості всіх умов (таких як, наприклад, ціни, кількість, технічні характеристики тощо), необхідних для виконання на основі такої рамкової угоди майбутніх замовлень без укладання сторонами додаткового договору; Інакше кажучи, деякі умови мають бути встановлені на наступному етапі додаткового конкурсу.

За ознакою кількості сторін рамкові угоди можуть укладатися з:

а) одним суб'єктом господарювання, як стороною рамкової угоди;

б) певною кількістю суб'єктів господарювання, як сторонами рамкової угоди.

Докладніше про укладення рамкових угод зазначено у коментарі до статті 13 Закону.

22) роботи - проектування, будівництво нових, розширення, реконструкція, капітальний ремонт та реставрація існуючих об'єктів і споруд виробничого і невиробничого призначення, роботи з нормування в будівництві, геологорозвідувальні роботи, технічне переоснащення діючих підприємств та супровідні роботам послуги, у тому числі геодезичні роботи, буріння, сейсмічні дослідження, аеро- і супутникова фотозйомка та інші послуги, що включаються до кошторисної вартості робіт, якщо вартість таких послуг не перевищує вартості самих робіт;

Коментар:

Відповідно до розділу III Порядку визначення предмета закупівлі, затвердженого наказом Мінекономрозвитку від 17.03.2016 №454, визначення предмета закупівлі робіт здійснюється замовником згідно з пунктом 22 частини першої статті 1 Закону за об'єктами будівництва та з урахуванням ДСТУ Б.Д.1.1-1:2013 "Правила визначення вартості будівництва", прийнятих наказом Міністерства регіонального розвитку, будівництва та житлово-комунального господарства України від 05 липня 2013 року N 293, а також галузевих будівельних норм ГБН Г.1-218-182:2011 "Ремонт автомобільних доріг загального користування. Види ремонтів та перелік робіт", затверджених наказом Державної служби автомобільних доріг України від 23 серпня 2011 року № 301, із зазначенням у дужках предмета закупівлі відповідно до показників другої - п'ятої цифр Єдиного закупівельного словника.

Виходячи з визначення терміну «роботи» окремими предметами закупівлі є роботи зі створення проектної документації об'єкту будівництва, роботи безпосередньо з його будівництва (розширення, реконструкції, капітального ремонту, реставрації, технічного переоснащення), а також й інші супровідні роботам послуги, які включені до кошторисної вартості робіт цього об'єкту (за умови якщо вартість таких послуг не перевищує вартості самих робіт).

До таких послуг відносяться, зокрема, експертиза проектної документації, авторський нагляд, технічний нагляд. У розумінні Закону кожна з цих послуг відповідає визначенню «роботи», тому у разі коли її вартість, є меншою вартісної межі 1,5 млн. грн., закупівля кожної з них не потребує обов'язкового застосування Закону.

Див. також роз'яснення Мінекономрозвитку від 25.11.2016 №3302-01/38216-06.

23) система хмарних обчислень - система, в якій реалізується модель забезпечення доступу на вимогу до спільної сукупності динамічно розподілюваних налаштовуваних обчислювальних ресурсів (включаючи внутрішньосистемні мережі, сервери, сховища даних, прикладні програми та послуги), що можуть бути оперативно надані і вивільнені, через глобальні мережі передачі даних із мінімальними управлінськими заходами та/або мінімальною взаємодією з надавачем хмарних послуг;

Коментар

Сервіси «хмарних» обчислень це програми, доступ до яких забезпечується через Інтернет за допомогою звичайного інтернет-браузера або інших мережевих додатків.

Головна відмінність від звичного методу роботи з програмним забезпеченням полягає в тому, що користувач використовує не ресурси свого персонального комп'ютера, а зовнішні комп'ютерні ресурси і потужності, які надаються йому як інтернет-сервіс. При цьому користувач має повний доступ до власних даних і можливість роботи з ними, але не може управляти тією ж операційною системою, програмною базою, обчислювальними потужностями і т. д., з допомогою яких ця робота відбувається. Поняття хмарних обчислень визначено в Законі з метою надання можливості зберігати інформацію про закупівлі, яка вже знаходиться у відкритому доступі в таких програмах.

24) спеціалізовані організації, що здійснюють закупівлі, - спеціалізовані фонди, організації та механізми Організації Об'єднаних Націй, Міжнародна асоціація забезпечення медикаментами (International Dispensary Association), Королівська Агенція Великобританії (Crown Agents), Глобальний механізм із забезпечення лікарськими засобами (Global Drug Facility), Партнерство у сфері постачання та управління поставками (Partnership for Supply Chain Management), Агенція НАТО з підтримки та постачання (NATO Support and Procurement Agency), які надають урядам держав та/або центральним органам державної влади послуги з організації та проведення процедур закупівель лікарських засобів, медичних виробів та

пов'язаних з цим послуг, а також товарів, робіт та послуг для забезпечення обороноздатності держави на підставі відповідних угод та відповідно до внутрішніх правил і процедур таких організацій;

Коментар

Механізм здійснення закупівель лікарських засобів, медичних виробів та пов'язаних з цим послуг із залученням міжнародних спеціалізованих організацій запроваджено Законом України «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення своєчасного доступу пацієнтів до необхідних лікарських засобів та медичних виробів шляхом здійснення державних закупівель із залученням спеціалізованих організацій, які здійснюють закупівлі» (від 19 березня 2015 року № 269-VIII).

Постановою КМУ від 22.07.2015 №622 «Деякі питання здійснення державних закупівель лікарських засобів та медичних виробів із залученням спеціалізованих організацій, які здійснюють закупівлі» визначено вимоги щодо відбору спеціалізованих організацій, які здійснюють закупівлі лікарських засобів.

Перелік лікарських засобів та медичних виробів, які закуповуються на підставі угод (договорів) щодо закупівлі із спеціалізованими організаціями, які здійснюють закупівлі за напрямами використання бюджетних коштів у 2016 році, було затверджено постановою КМУ від 23.08.2016 №557.

Станом на грудень 2016 року відповідного переліку лікарських засобів та медичних виробів, які будуть закуповуються на підставі угод (договорів) щодо закупівлі із спеціалізованими організаціями у 2017 році, затверджено не було.

25) спеціальні або ексклюзивні права - права, надані в межах повноважень органом державної влади або органом місцевого самоврядування на підставі будь-якого нормативно-правового акта та/або акта індивідуальної дії, що обмежують провадження діяльності у сферах, визначених цим Законом, однією чи кількома особами, що істотно впливає на здатність інших осіб провадити діяльність у зазначених сферах. Не вважаються спеціальними або ексклюзивними права, надані за результатами конкурсів (тендерів), інформація про проведення яких попередньо оприлюднювалася, якщо надання цих прав здійснювалося на основі об'єктивних критеріїв;

Коментар:

Поняття спеціального і ексклюзивного права, особливо в контексті публічних закупівель, нове для України та має своє походження з права ЄС.

Насамперед, поняття спеціального і ексклюзивного права згадується в основному джерелі права ЄС, а саме Договорі про функціонування Європейського Союзу.

Відповідно до статей 101-109 Договору приватні підприємства, яким державою надані спеціальні і ексклюзивні права, фактично прирівняні до державних підприємств і разом утворюють окрему групу суб'єктів господарювання з особливими зв'язками з державним сектором на основі спеціальних правових та управлінських механізмів. Такий підхід пояснюється великим значенням і впливом господарської діяльності цих підприємств для країни/суспільства, зокрема, як постачальників так званих послуг загальноекономічного значення.

Отже, спеціальне/ексклюзивне право не виникає у разі якщо:

1) відповідна діяльність може здійснюватися будь-яким суб'єктом господарювання, і право спрямоване лише на полегшення такої діяльності, (право на доступ до землі, право зберігання обладнання на шосейних дорогах і, навіть, право на обов'язкове придбання землі), але з важливою умовою, що можливість мати такі права де-факто однакова для всіх;

2) право є умовою для здійснення діяльності, але автоматично видається будь-кому, хто бажає його отримати, і є формальністю (більшість випадків ліцензування, наприклад, для різних будівельних робіт, послуг таксі і т.д.);

3) право є умовою для здійснення діяльності, але надається за методикою, яка включає:

- публічний прийом заявок, який відкритий для всіх зацікавлених підприємств;

- надання права ґрунтується на об'єктивних критеріях і тому залишає мало простору для маневру для компетентного органу.

Як приклад, це може бути вибір органами місцевої влади місцевих надавачів транспортних послуг, крім муніципального транспорту (наприклад, автобуси і міні-автобуси для перевезень на коротких і середніх відстанях) за допомогою конкурентної процедури або відбір надавачів деяких комунальних послуг (наприклад, вивіз сміття).

Водночас, якщо держава чи місцеві органи влади своїми рішеннями надають права на здійснення певних видів діяльності безпосередньо і виключно одному або кільком суб'єктам господарювання, що закриває або істотно обмежує можливості для інших здійснювати таку діяльність – це є наданням спеціальних і ексклюзивних прав. Відповідними прикладами для України є експлуатація телекомунікаційної мережі для послуг загального доступу (приватна історична природна монополія «Укртелеком»).

26) строк дії тендерної пропозиції - установлений замовником у тендерній документації строк, після закінчення якого тендерна пропозиція втрачає чинність;

Коментар:

Строк дії тендерної пропозиції визначається замовником в тендерній документації при проведенні процедур відкритих торгів та конкурентного діалогу. Згідно статті 22 Закону для цих процедур такий строк не може бути менше ніж 90 днів з дати розкриття тендерних пропозицій.

Звертаємо також увагу на те, що поняття «строку дії тендерної пропозиції» є актуальним до моменту укладення договору про закупівлю. Після цього всі істотні умови викладені в тендерній пропозиції мають бути зафіксовані в договорі про закупівлю.

27) суб'єкт оскарження в органі оскарження (далі - суб'єкт оскарження) - фізична чи юридична особа, яка звернулася до органу оскарження з метою захисту своїх прав та охоронюваних законом інтересів з приводу рішення, дії чи бездіяльності замовника, що суперечать законодавству у сфері публічних закупівель і внаслідок яких порушено право чи законні інтереси такої особи;

Коментар:

Згідно цього пункту фактично скарга може бути подана тільки особою, яка вважає, що її право чи законний інтерес порушено внаслідок рішення, дії чи бездіяльності замовника. При цьому, суб'єктом оскарження не обов'язково є особа, яка подала тендерну пропозицію і тим самим набула статусу учасника процедури закупівлі. Поширеними є випадки оскарження тендерної документації, з якою потенційний учасник ознайомився через систему електронних закупівель, проте ще не подав тендерну пропозицію.

Тобто, у розумінні Закону оскарження процедур закупівель можливе у випадках, коли суб'єкт оскарження вбачає порушення своїх прав чи законних інтересів в рішеннях, діях чи бездіяльності замовника, які суперечать законодавству у сфері публічних закупівель.

Більш детально у коментарі до статті 18 Закону.

28) тендер (торги) - здійснення конкурентного відбору учасників з метою визначення переможця торгів згідно з процедурами, установленими цим Законом (крім переговорної процедури закупівлі);

Коментар:

На відміну від попереднього законодавства Закон надає можливість застосування лише двох процедур, які передбачають конкурентний відбір учасників: відкриті торги;

конкурентний діалог.

Більш докладні коментарі до кожної з процедур будуть приведені нижче (статті 20 і 33).

29) тендерна документація - документація щодо умов проведення публічних закупівель, що розробляється та затверджується замовником і оприлюднюється для вільного доступу на веб-порталі Уповноваженого органу та авторизованих електронних майданчиках. Тендерна документація не є об'єктом авторського права та/або суміжних прав;

Коментар:

Тендерна документація -- ключовий документ, який готується замовником при організації торгів. Поряд з інструкціями щодо підготовки та оформлення учасниками своїх пропозицій вона містить такі ключові складові, як: технічні вимоги до предмета закупівлі, кваліфікаційні вимоги до потенційних учасників разом з переліком документів на їх підтвердження, основні (істотні) умови договору про закупівлю.

Основні вимоги щодо змісту тендерної документації та інструкції щодо її складання викладені у статті 22 Закону та наказі Мінекономрозвитку від 13.04.2016 №680 «Про затвердження примірної тендерної документації».

Тендерна документація та зміни до неї підлягають обов'язковому оприлюдненню на веб-порталі Уповноваженого органу у строки, визначені статтею 10 Закону.

Див. також коментар до статті 22 Закону.

30) тендерна пропозиція - пропозиція щодо предмета закупівлі або його частини (лота), яку учасник подає замовнику відповідно до вимог тендерної документації;

Коментар:

Тендерна пропозиція фактично складається з низки стандартних документів, що вимагаються замовником на підтвердження відповідності учасника встановленим кваліфікаційним критеріям, технічним вимогам до предмета закупівлі та власне цінової пропозиції.

Вимоги до змісту та порядку оформлення тендерної пропозиції встановлюються замовником в тендерній документації.

За концепцією Закону тендерна пропозиція подається учасником у вигляді електронного документу через авторизовані майданчики.

31) тендерний комітет - службові (посадові) та інші особи замовника, призначені відповідальними за організацію та проведення процедур закупівлі згідно із цим Законом;

Коментар:

Процедури закупівель в Україні проводяться або тендерним комітетом, який створюється із числа службових (посадових) осіб замовника, або уповноваженою особою(особами) , призначеною замовником.

Основні вимоги щодо створення та порядку роботи тендерних комітетів викладені у статті 11 Закону та наказі Мінекономрозвитку від 30.03.2016 №557 «Про затвердження примірного положення про тендерний комітет або уповноважену особу (осіб)».

Більш детально про тендерні комітети в коментарі до статті 11 Закону.

32) товари - продукція, об'єкти будь-якого виду та призначення, у тому числі сировина, вироби, устаткування, технології, предмети у твердому, рідкому і газоподібному стані, а також послуги, пов'язані з постачанням таких товарів, якщо вартість таких послуг не перевищує вартості самих товарів;

Коментар:

Визначення товару, що є предметом закупівлі здійснюється замовником відповідно до наказу Мінекономрозвитку від 17.03.2016 №454. Див. коментар до пункту 18 цієї статті.

33) уповноважена особа (особи) - службова, посадова та інша фізична особа замовника, визначена відповідальною за організацію та проведення процедур закупівлі згідно із цим Законом на підставі власного розпорядчого рішення або трудового договору (контракту);

Коментар:

Нове поняття запроваджене Законом з метою професіоналізації закупівель, а також вирішення проблеми відсутності достатньої кількості штатних співробітників, необхідних для створення тендерних комітетів, що є характерним для «малих» замовників (сільські ради, лікарні, заклади культури та освіти тощо).

Повноваження та функції уповноваженої особи (осіб) визначені у статті 11 Закону. Положення про уповноважену особу затверджено наказом Мінекономрозвитку від 30.03.2016 №557. Мінекономрозвитку також надано роз'яснення №3302-06_29267-08 від 12.09.2016 щодо визначення уповноваженої особи.

Важливими аспектами є наступні.

- 1. В залежності від особливостей функціонування замовника (обсяг закупівель, кількість та специфіка процедур) може бути визначена одна чи декілька уповноважених осіб зі створенням окремого структурного підрозділу.**
- 2. З уповноваженою особою (особами) має бути укладений трудовий договір (контракт як спеціальна форма договору) з поширенням вимог та гарантій, передбачених Кодексом законів про працю.**
- 3. Уповноваженій особі, у встановленому законодавством порядку, замовником може бути надано право на підпис договорів про закупівлю.**
- 4. Уповноважена особа повинна мати вищу освіту.**
- 5. Статтею 11 Закону встановлені обмеження щодо можливості призначення уповноважених осіб (наприклад, не можуть бути уповноваженими особами народні депутати та депутати відповідних рад).**

Див. також коментар до статті 11 Закону.

34) Уповноважений орган - центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері публічних закупівель;

Коментар:

Відповідно до постанови Кабінету Міністрів України № 459 від 20 серпня 2014 року (зі змінами) «Питання Міністерства економічного розвитку і торгівлі» спеціально уповноваженим органом у сфері закупівель є Мінекономрозвитку. Функції Мінекономрозвитку у цій сфері можна згрупувати за 4 основними напрямками:

нормотворчі, зокрема розроблення та затвердження у межах компетенції нормативно-правових актів, необхідних для виконання цього Закону, участь в опрацюванні та узгодженні проектів актів інших органів виконавчої влади та суб'єктів законодавчої ініціативи, підготовка висновків до прийнятих парламентом законів щодо їх підписання/ветування Президентом України тощо;

аналітичні, у тому числі ведення обліку закупівель шляхом збирання інформації про заплановані закупівлі та результати процедур закупівель, підготовка та подання до Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, Рахункової палати щорічних звітів про стан закупівель, вивчення, узагальнення та поширення світового досвіду з питань закупівель;

організаційні - забезпечення функціонування безоплатного веб-порталу Уповноваженого органу з питань закупівель, організація нарад та семінарів з питань закупівель; розроблення примірних навчальних програм з питань організації та здійснення закупівель;

представницькі та консультаційно-методологічні, зокрема взаємодія з громадськістю, надання безоплатних консультацій рекомендаційного характеру з питань закупівель на

інформаційному ресурсі Уповноваженого органу, міжнародне співробітництво у сфері закупівель, надання узагальнених відповідей рекомендаційного характеру щодо застосування законодавства у сфері закупівель; інформування громадськості про політику та правила публічних закупівель; співробітництво з органами контролю і правоохоронними органами.

Для реалізації вказаних функцій у структурі Мінекономрозвитку створено Департамент регулювання публічних закупівель (знаходиться за адресою: 01054, вул. Бульварно-Кудрявська 22, Київ).

Постановою КМУ від 31.08.2016 №568 внесено зміни до Положення про Мінекономрозвитку в частині визначення повноважень Міністерства у сфері публічних закупівель.

Більш детально про функції уповноваженого органу в коментарях до статті 8 Закону.

35) учасник процедури закупівлі (далі - учасник) - фізична особа, у тому числі фізична особа - підприємець, юридична особа (резидент або нерезидент), яка подала тендерну пропозицію або взяла участь у переговорах у разі застосування переговорної процедури закупівлі;

Коментар:

Редакція терміну «учасник процедури закупівлі» дозволяє приймати участь у процедурі закупівлі практично всім бажаним суб'єктам господарювання, які при цьому повинні мати статус фізичної або юридичної особи. Важливо наголосити, що в частині фізичної особи немає вимог про те, що така особа повинна бути зареєстрована приватним підприємцем², тобто це може бути будь-яка фізична особа (громадянин України, іноземний громадянин). Натомість, в частині юридичної особи важливо наголосити, що дочірні підприємства/компанії та/або філії без статусу юридичної особи не можуть від свого імені брати участь у процедурах закупівлі, а можуть це робити лише від імені «материнської» юридичної особи.

Також, важливо зауважити, що тимчасові об'єднання юридичних осіб без створення окремої юридичної особи (так звані консорціуми, що є поширеною міжнародною практикою) теж не можуть брати участь у торгах.

В принципі, замовник не може свідомо, без обґрунтованої причини обмежити участь у торгах тільки певною групою учасників. Однак, в залежності від специфіки предмету закупівлі можливі об'єктивні обмеження, пов'язані з неможливістю виконання потенційними учасниками певних кваліфікаційних чи технічних вимог, вимог щодо надання дозволу чи ліцензії тощо.

Крім цього, згідно наведеного визначення, для набуття статусу учасника суб'єкту господарювання не обов'язково повідомляти замовника про намір прийняти участь у процедурі закупівлі, а достатньо ознайомитися з інформацією щодо відповідної процедури на веб-порталі уповноваженого органу та подати тендерну пропозицію за своєю ініціативою. Виключенням є переговорна процедура, при якій статус учасника юридична чи фізична особа набуває після участі у переговорах за запрошенням замовника.

36) централізовані закупівельні організації - юридичні особи, що визначаються Кабінетом Міністрів України, Радою міністрів Автономної Республіки Крим, органами місцевого самоврядування як замовники, які організують і проводять процедури закупівель та закупівлі за рамковими угодами в інтересах замовників відповідно до цього Закону. Централізовані закупівельні організації набувають усіх прав та обов'язків замовників, що визначені цим Законом, та несуть відповідальність згідно із законами України. Особливості створення та діяльності централізованих закупівельних організацій встановлюються

² Формат здійснення господарської діяльності фізичною особою залежить від виду та частоти такої діяльності та регулюється насамперед податковим законодавством. Тобто, якщо фізична особа продає одноразово власне житло, немає законодавчої вимоги такій особі реєструватися як приватний підприємець. Натомість, якщо фізична особа постійно надає певні послуги (правові, аудиторські, прибирання, оренди приміщень тощо), згідно податкового законодавства така особа повинна зареєструватися як приватний підприємець. Контроль за правомірністю ведення господарської діяльності фізичних осіб здійснюють податкові органи.

Кабінетом Міністрів України;

Коментар:

Поняття «централізовані закупівельні організації» (ЦЗО) запозичено з права і досвіду країн ЄС і передбачає здійснення певного переліку товарів і послуг через спеціально визначену закупівельну організацію. Попередня спроба запровадити таку практику була пов'язана з терміном «генеральний замовник», який, згідно закупівельного законодавства 2012-2015 років, застосовувався при проведенні закупівель за рамковими угодами.

Передбачені формулюванням пункту 36 статті 1 цього Закону особливості створення та діяльності централізованих закупівельних організацій як типові єдині правила для всіх ЦЗО, що повинні бути встановлені постановою Уряду, станом на грудень 2016 року не затверджені.

Натомість, Кабінет Міністрів України підтримав ініціативу Мінекономрозвитку щодо напрацювання таких правил як ефективного регулювання на основі проведення пілотного проекту зі створення і діяльності ЦЗО по проведенню процедур закупівель в інтересах замовників рівня центральних органів виконавчої влади (на добровільній основі). Такий пілотний проект був схвалений постановою Кабінету Міністрів України від 23 листопада 2017 року №928, яке передбачає створення відповідного ЦЗО у підпорядкуванні Мінекономрозвитку, визначення переліку товарів і послуг для проведення процедур закупівель ЦЗО в інтересах замовників рівня центральних органів виконавчої влади та визначення процесу взаємодії між ЦЗО і зацікавленими замовниками у межах пілотного проекту.

У розвиток зазначеної постанови Мінекономрозвитку створило Державну установу «Професійні закупівлі», затвердило Положення про неї та призначило виконуючого обов'язки керівника.

Виходячи з досвіду ЄС, на практиці було підтверджено, що централізовані закупівлі можуть розглядатися не лише як інструмент скорочення державних витрат, а і як «потужний важіль для досягнення ширших політичних цілей», як, зокрема, зниження рівня корупції, запровадження інструментів електронних закупівель чи підвищення професійного рівня персоналу (докладніше про це можна ознайомитись у відповідних матеріалах Проекту ЄС за посиланнями (див. примітки ³⁾).

ЦЗО може функціонувати на різних рівнях управління: на національному, регіональному чи місцевому.

Оскільки ЦЗО може функціонувати в рамках різних повноважень та на різних рівнях, держави-члени можуть мати кілька ЦЗО, які працюють одночасно, із визначенням для кожного з них окремих функцій. Наприклад, в Австрії ЦЗО під назвою BBG здійснює закупівлі певних товарів і послуг на національному рівні управління, а інше ЦЗО BIG — уповноважена здійснювати закупівлі у сфері будівельних робіт. У Швеції SKL Kommentus функціонує на рівні місцевих та регіональних органів, а SIC здійснює закупівлі для центральних органів влади. Спосіб організації функціонування ЦЗО визначений у законодавстві ЄС. Згідно з Директивою 2014/24/ЄС, ЦЗО можуть діяти у якості оптових покупців (вони можуть придбавати, зберігати і перепродавати) або як організації, які присуджують контракти, а також забезпечувати функціонування динамічних систем закупівель або укладати рамкові угоди від імені інших замовників. Призначення ЦЗО, сфера його повноважень, форма організації, модель фінансування та правовий статус визначаються на розсуд держав - членів ЄС. Більшість ЦЗО функціонують на національному рівні управління як організації, що присуджують контракти від імені інших замовників. І лише єдине ЦЗО UGAP у Франції діє як гуртовий покупець, що закуповує товари чи послуги для перепродажу звичайним замовникам.

37) частина предмета закупівлі (лот) - визначена замовником частина товарів, робіт чи послуг,

3:

- 1) http://eupublicprocurement.org.ua/wp-content/uploads/2015/11/Report-on-procurement-centralisation_UKR.pdf
- 2) <http://eupublicprocurement.org.ua/%D1%86%D0%B5%D0%BD%D1%82%D1%80%D0%B0%D0%B%D1%96%D0%B7%D0%B0%D1%86%D1%96%D1%8F-%D0%B7%D0%B0%D0%BA%D1%83%D0%BF%D1%96%D0%B2%D0%B5%D0%BB%D1%8C-%D0%B2%D0%BF%D0%BE%D1%80%D1%8F%D0%B4%D0%BA%D1%83.html>

на яку в межах єдиної процедури закупівлі учасникам дозволяється подавати тендерні пропозиції або пропозиції на переговорах у разі застосування переговорної процедури закупівлі.

Коментар:

Поділ предмета закупівлі на частини є правом, а не обов'язком замовника. Рішення про поділ приймається замовником виходячи з економічної чи технічної доцільності.

Зокрема, прикладом необхідності поділу предмета закупівлі на частини може бути значний обсяг закупівлі або різноманітне географічне розміщення місць поставки (вугілля для сільських шкіл району/області, закупівля пально-мастильних матеріалів для забезпечення потреб підрозділів внутрішніх справ в регіонах). При цьому, є ризик того, що у разі проведення процедури за єдиним предметом закупівлі не буде достатньої кількості учасників, які зможуть виконати вимоги замовника щодо обсягу або місця поставки певного товару (пально-мастильні матеріали, продукти харчування тощо).

Відповідно до наказу Мінекономрозвитку від 17.03.2016 №454 з 1 січня 2017 року замовник визначатиме окремі частини предмета закупівлі (лоти) за показниками четвертої - восьмої цифр Єдиного закупівельного словника, а також за обсягом, номенклатурою та місцем поставки товарів, виконання робіт або надання послуг.

Стаття 2. Сфера застосування Закону

1. Цей Закон застосовується:

до замовників, за умови, що вартість предмета закупівлі товару (товарів), послуги (послуг) дорівнює або перевищує 200 тисяч гривень, а робіт - 1,5 мільйона гривень;

до замовників, які здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання, за умови, що вартість предмета закупівлі товару (товарів), послуги (послуг) дорівнює або перевищує 1 мільйон гривень, а робіт - 5 мільйонів гривень.

Під час здійснення закупівлі товарів, робіт і послуг, вартість яких є меншою за вартість, що встановлена в абзацах другому і третьому цієї частини, замовники повинні дотримуватися принципів здійснення публічних закупівель, установлених цим Законом, та можуть використовувати електронну систему закупівель з метою відбору постачальника товару (товарів), надавача послуги (послуг) та виконавця робіт для укладення договору.

У разі здійснення закупівель товарів, робіт і послуг без використання електронної системи закупівель, за умови, що вартість предмета закупівлі дорівнює або перевищує 50 тисяч гривень та є меншою за вартість, що встановлена в абзацах другому і третьому цієї частини, замовники обов'язково оприлюднюють звіт про укладені договори в системі електронних закупівель відповідно до статті 10 цього Закону.

Коментар:

Здійснення «допорогових» закупівель, тобто закупівель з вартістю нижчою вартісних порогів абзаців 2 і 3 частини першої цієї статті, має деякі правові вимоги та практичні особливості, а саме:

1. Правові вимоги:

- У будь-якому випадку «допорогова» закупівля і вибір виконавця за договором повинні базуватися на принципах публічних закупівель, закріплених у статті 3 цього Закону;
- Починаючи з вартості закупівлі у 50 тисяч гривень кожний замовник для кожного договору повинен обирати 1 з 2 варіантів дій – 1) або проводити електронний аукціон у системі електронних закупівель (і в такому випадку вся процедура аукціону буде у відкритому доступі і всі відповідні процедурні кроки та документи будуть згенеровані електронною системою), 2) або укласти договір у довільному порядку з самостійно вільно обраним контрагентом з обов'язковим подальшим оприлюдненням в електронній системі звіту про такий договір (форма звіту встановлена наказом Мінекономрозвитку №490 від 22.03.2016) не пізніше наступного дня після його укладення. Важливо наголосити, що закон не висуває додаткових умов як обирати спосіб дій, тому замовники можуть приймати рішення або щодо кожного договору окремо, або через розмежування договорів на ті, які укладаються через електронний аукціон, і на ті, які укладаються без аукціону з обов'язковим звітуванням;
- До «допорогових» закупівель не застосовується переважна більшість вимог Закону щодо проведення процедур закупівель вище порогів, зокрема щодо кваліфікаційних вимог і обмежень статей 16 і 17, подання і розгляду скарг (стаття 18), щодо обмежень випадків внесення змін в договори (частина 4 статті 36) та інші.

2. Практичні особливості:

- Практика застосування електронної системи сформулювала неофіційний нижній вартісний поріг, з якого можна проводити електронний аукціон для закупівлі – це 3000 грн;
- Процедурний порядок здійснення допорогових закупівель затверджено наказом ДП «Зовнішторгзидав» від 13.04.2016 №35. Відповідно до наказу Мінекономрозвитку від 26.07.2016 №1220 ДП «Зовнішторгзидав» переіменовано в ДП «Прозорро».
- Органи місцевого самоврядування та організації-замовники з розгалуженою мережею підпорядкованих підрозділів/організацій/підприємств практикують прийняття внутрішнього розпорядчого рішення про застосування електронної системи для «допорогових» закупівель, визначаючи в ньому нижній вартісний поріг (найчастіше 3000 грн.) та перелік випадків, коли договір укладається без електронного аукціону.

2. Умови, порядок та процедури закупівель товарів, робіт і послуг можуть установлюватися або змінюватися виключно цим Законом, крім випадків, передбачених цим Законом. Зміна положень цього Закону може здійснюватися виключно шляхом внесення змін до цього Закону.

Коментар:

Ця норма Закону встановлює, що зміни до нього мають вноситися виключно шляхом прийняття окремого Закону про внесення змін до Закону про публічні закупівлі.

3. Дія цього Закону не поширюється на випадки, якщо предметом закупівлі є:

товари і послуги, пов'язані з розробленням дизайну, виготовленням захищеного паперу, банкнот, монет і державних нагород України, їх зберіганням, транспортуванням та обліком;

Коментар:

Незважаючи на те, що вказані закупівлі виключені з Закону, Національний банк України, з метою ефективного придбання відповідної специфічної продукції, постановою від 07.11.2013 №440 (зі змінами) затвердив Положення про здійснення Національним банком України закупівель

товарів, робіт і послуг, пов'язаних із розробленням дизайну, виготовленням захищеного паперу, банкнот, монет і державних нагород України, їх зберіганням, транспортуванням та обліком. Це Положення встановлює спрощений, проте переважно конкурсний, порядок закупівлі для даної продукції.

товари, роботи і послуги, закупівля яких здійснюється закордонними дипломатичними установами;

Коментар:

Аналог такого винятку не існує у країнах ЄС, проте незначний обсяг таких закупівель (переважно операційне забезпечення роботи українських дипломатичних установ за кордоном, комунальні послуги, бензин, інтернет тощо) не є критичним.

товари, роботи і послуги, закупівля яких становить державну таємницю відповідно до Закону України "Про державну таємницю";

Коментар:

Встановлення режиму державної таємниці здійснюється спеціально уповноваженими особами за відповідним порядком, згідно Закону України "Про державну таємницю". Загальний нагляд за дотриманням цього закону здійснює Служба безпеки України (СБУ) і, зокрема, наказом СБУ від 12.08.2005 № 440 затверджено Звід відомостей, що становлять державну таємницю. Виняток відповідає стандартам ЄС.

послуги, необхідні для здійснення державних запозичень, обслуговування і погашення державного боргу;

Коментар:

Виняток відповідає стандартам ЄС.

товари, послуги, пов'язані з операціями Національного банку України із забезпечення управління золотовалютними резервами, їх розміщення, купівлі та продажу на вторинному ринку цінних паперів, здійснення валютних інтервенцій шляхом купівлі-продажу валютних цінностей на валютних ринках;

Коментар:

Виняток відповідає стандартам ЄС.

придбання, оренда землі, будівель, іншого нерухомого майна або майнових прав на землю, будівлі, інше нерухоме майно;

Коментар:

Відповідно до частини першої статті 181 ЦКУ до нерухомих речей (нерухоме майно, нерухомість) належать земельні ділянки, а також об'єкти, розташовані на земельній ділянці, переміщення яких є неможливим без їх знецінення та зміни їх призначення.

У свою чергу, згідно зі статтею 190 ЦКУ майном як особливим об'єктом вважаються окрема річ, сукупність речей, а також майнові права та обов'язки. Майнові права є неспоживною річчю. Майнові права визнаються речовими правами.

Таким чином, у разі якщо предметом закупівлі є придбання, оренда землі, будівель, іншого нерухомого майна або майнових прав на землю, будівлі, інше нерухоме майно, таку закупівлю замовник може здійснювати без проведення процедур закупівель відповідно до частини 3 статті 2 Закону.

Слід також зазначити, що даний виняток відповідає стандартам ЄС. Однак з урахуванням можливого існування конкуренції, особливо в великих містах (зокрема щодо оренди, придбання нерухомого майна), рекомендується здійснювати моніторинг цін та власний конкурентний відбір на його підставі.

послуги міжнародних третейських судів, міжнародних комерційних арбітражів для розгляду та вирішення спорів, у яких бере участь замовник;

Коментар:

Виняток відповідає стандартам ЄС.

послуги фінансових установ, у тому числі міжнародних фінансових організацій, щодо надання кредитів, гарантій, фінансового лізингу та послуги, допоміжні до фінансових послуг;

Коментар:

У даному винятку мова йде не про всі можливі фінансові послуги будь-яких суб'єктів, а саме про ті послуги фінансових установ (зокрема міжнародних фінансових організацій), які пов'язані із залученням замовником кредитних ресурсів та залученням коштів до статутного капіталу замовника. Поняття «фінансової установи» визначено пунктом 1 частини першої статті 1 Закону України «Про фінансові послуги та державне регулювання ринків фінансових послуг», згідно з яким фінансова установа – юридична особа, яка відповідно до закону надає одну чи кілька фінансових послуг, а також інші послуги (операції), пов'язані з наданням фінансових послуг, у випадках, прямо визначених законом, та внесена до відповідного реєстру в установленому законом порядку. До фінансових установ належать банки, кредитні спілки, ломбарди, лізингові компанії, довірчі товариства, страхові компанії, установи накопичувального пенсійного забезпечення, інвестиційні фонди і компанії та інші юридичні особи, виключним видом діяльності яких є надання фінансових послуг.

фінансові послуги, що надаються у зв'язку з емісією, купівлею, продажем, передачею цінних паперів або інших фінансових інструментів;

Коментар:

Виняток відповідає стандартам ЄС.

послуги, закупівля яких здійснюється банками для надання ними банківських послуг та проведення банківських операцій відповідно до законів України "Про банки і банківську діяльність" та "Про Національний банк України";

послуги, що надаються Національним банком України відповідно до закону;

Коментар:

Виняток відповідає стандартам ЄС.

бланки документів, що посвідчують особу та підтверджують громадянство України, - паспорти, бланки документів, що посвідчують особу та підтверджують її спеціальний статус, бланки інших документів, що відповідно до законодавства України потребують використання спеціальних елементів захисту, марки акцизного податку, що виготовляються підприємствами, що належать до сфери управління Національного банку України, а також товари і послуги, необхідні для їх виготовлення;

послуги з провадження наукової, науково-технічної діяльності, які фінансуються на конкурсній основі в порядку, визначеному статтями 49, 58 і 59 Закону України "Про наукову і науково-

технічну діяльність";

Коментар:

Даний виняток не означає, що всі закупівлі наукових, науково-дослідних і подібних послуг вилучаються з-під дії Закону. Ця норма стосується лише наукових проектів (послуг), які обираються для фінансування на конкурсній основі в порядку, визначеному статтями 49, 58 і 59 Закону України "Про наукову і науково-технічну діяльність". Поряд з цим, Закон передбачає затвердження Урядом відповідних Порядків конкурсного відбору. Станом на грудень 2016 року вказані Порядки не прийняті.

товари і послуги, необхідні для виконання Фондом гарантування вкладів фізичних осіб покладених на нього функцій та повноважень, визначених Законом України "Про систему гарантування вкладів фізичних осіб" щодо виведення неплатоспроможних банків з ринку;

Коментар:

Даний виняток не вказує, які саме товари (роботи, послуги) можуть закуповуватися за цією нормою, та в цілому не узгоджується зі стандартами ЄС.

товари і послуги, що підлягають закупівлі відповідно до угод щодо закупівлі, що укладаються центральним органом виконавчої влади України, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері охорони здоров'я, із спеціалізованими організаціями, які здійснюють закупівлі. Закупівля таких товарів, робіт і послуг здійснюється згідно з правилами і процедурами, установленими відповідними спеціалізованими організаціями, що здійснюють закупівлі, з урахуванням порядку, визначеного Кабінетом Міністрів України;

Коментар:

Виняток запроваджено Законом України «Про внесення змін до деяких законів України щодо забезпечення своєчасного доступу пацієнтів до необхідних лікарських засобів та медичних виробів шляхом здійснення державних закупівель із залученням спеціалізованих організацій, які здійснюють закупівлі» (від 19 березня 2015 року № 269-VIII).

Постановою КМУ від 22.07.2015 №622 визначено вимоги щодо відбору спеціалізованих організацій, які здійснюють закупівлі лікарських засобів.

Перелік лікарських засобів та медичних виробів, які закуповуються на підставі угод (договорів) щодо закупівлі із спеціалізованими організаціями затверджуються окремими постановами КМУ.

Термін дії цього винятку – до 31.03.2019.

товари, роботи і послуги, що підлягають закупівлі відповідно до угод, що укладаються центральним органом виконавчої влади, який забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері національної безпеки, у воєнній сфері, сфері оборони і військового будівництва із спеціалізованими організаціями, які здійснюють закупівлі. Закупівля таких товарів, робіт і послуг здійснюється згідно з правилами і процедурами, установленими відповідними спеціалізованими організаціями.

Коментар:

Для застосування цього винятку встановлений обмежений термін дії – до 31.03.2019.

Загальний Коментар:

Частина 3 цієї статті Закону встановлює перелік предметів закупівлі, закупівля яких відбувається без застосування процедур закупівлі, визначених Законом. В цілому зазначений перелік складений досить об'єктивно і містить товари, роботи і послуги, здійснювати закупівлю яких з використанням встановлених Законом процедур є практично неможливим або не доцільним з вагомих, переважно, об'єктивних причин.

Водночас, дещо загально звучать норми щодо «закупівлі товарів, робіт і послуг, пов'язаних з розробленням дизайну, виготовленням захищеного паперу, банкнот, монет і державних нагород України, їх зберіганням, транспортуванням та обліком», а також «закупівлі товарів, робіт і послуг, необхідних для виконання Фондом гарантування вкладів фізичних осіб покладених на нього функцій та повноважень».

В першому випадку, завдяки такому формулюванню може здійснюватися закупівля широкої номенклатури товарів (пально-мастильні матеріали, автомобілі, речове майно, оргтехніка), які не мають ніякого відношення до специфіки виготовлення, зберігання, транспортування основної продукції (монети, банкноти, захищений папір тощо), а необхідні лише для обслуговування цього процесу.

В другому випадку, через невизначеність переліку закупівель щодо яких застосовується виключення, виникає можливість не застосовувати процедури закупівлі, навіть, в тих випадках коли є достатньо конкурентний ринок відповідної продукції чи робіт (послуг).

Тому рекомендується замовникам, закупівлі яких підпадають під зазначені виключення, при здійсненні таких закупівель дотримуватися принаймні внутрішнього порядку, який дозволить здійснювати вибір виконавців на, переважно, конкурсних засадах.

4. Дія цього Закону для замовників, які провадять діяльність в окремих сферах господарювання, додатково не поширюється на випадки, якщо предметом закупівлі є:

1) товари, роботи і послуги, що безпосередньо виробляються, виконуються, надаються виключно для забезпечення діяльності в окремих сферах господарювання їх афілійованими підприємствами;

2) паливно-енергетичні ресурси для виробництва електричної, теплової енергії, проведення геологічного вивчення родовищ корисних копалин (у тому числі неопромінених паливних елементів (твелів) для ядерних реакторів);

3) товари, що закупаються для перепродажу третім особам, за умови, що замовник не займає монопольне (домінуюче) становище на ринку таких товарів та інші суб'єкти господарювання можуть вільно здійснювати їх продаж за тих самих умов, що і замовник;

4) вуглеводнева сировина, нафтопродукти для їх подальшої переробки і реалізації та пов'язаних і необхідних для цього супутніх послуг: з переробки, виробництва, транспортування, фрахтування, страхування, переміщення, вантажних перевезень, зберігання, зливу/наливу, інспекції кількості та якості, митно-брокерських, інформаційно-аналітичних послуг щодо ринкових цін та біржових котирувань, фінансових послуг, послуг бірж, аукціонів, систем електронних торгів;

5) товари, роботи і послуги, якщо ціни (тарифи) на них затверджуються державними колегіальними органами, іншими органами влади відповідно до їх повноважень або визначаються в порядку, встановленому зазначеними органами, у тому числі якщо визначення таких цін здійснюється на аукціонах;

6) товари, роботи і послуги за угодами про розподіл продукції, укладеними згідно із Законом

України "Про угоди про розподіл продукції";

7) товари і послуги на ринку "на добу наперед", балансуючому ринку та ринку допоміжних послуг відповідно до Закону України "Про засади функціонування ринку електричної енергії України";

8) електрична енергія, що купується та продається на ринку електричної енергії гарантованим покупцем, оператором ринку, системним оператором, стороною, відповідальною за баланс балансуючої групи, стороною, відповідальною за баланс балансуючої групи виробників за "зеленим" тарифом;

9) послуги системного оператора, адміністратора розрахунків, адміністратора комерційного обліку, оператора ринку, гарантованого покупця відповідно до Закону України "Про засади функціонування ринку електричної енергії України";

10) послуги з вирівнювання умов для конкуренції відповідно до Закону України "Про засади функціонування ринку електричної енергії України".

5. Особливості здійснення процедур закупівлі, визначених цим Законом, встановлюються окремими законами для таких товарів, робіт і послуг:

неопромінені паливні елементи (твели) для ядерних реакторів;

Коментар:

Особливості закупівель цієї продукції встановлені Законом України «Про особливості здійснення закупівель неопромінених паливних елементів (твелів) для ядерних реакторів» від 9.12.2011 № 4101-VI, який передбачає абсолютне переважне застосування закупівлі в одного учасника - за законом про державні закупівлі, що викликає необхідність приведення спеціального закону у відповідність із Законом про публічні закупівлі.

нафта або нафтопродукти сирі;

послуги поштового зв'язку, поштові марки та марковані конверти;

Коментар:

Особливості закупівель цієї продукції встановлені Законом України від 21.06.2012 № 4997-VI «Про особливості здійснення закупівлі за державні кошти послуг поштового зв'язку, поштових марок та маркованих конвертів», який передбачає абсолютне переважне застосування закупівлі в одного учасника - за законом про державні закупівлі, що викликає необхідність приведення спеціального закону у відповідність із Законом про публічні закупівлі, де вже немає такої процедури.

телекомунікаційні послуги, у тому числі з ретрансляції радіо- та телесигналів (крім послуг мобільного зв'язку та послуг Інтернет-провайдерів);

Коментар:

Окремого закону немає. У Верховній Раді України був зареєстрований проект закону №2744 від 27.04.2015. Станом на 15 грудня 2016 року законопроект відкликано КМУ.

послуги з підготовки фахівців, наукових, науково-педагогічних та робітничих кадрів,

підвищення кваліфікації та перепідготовки кадрів (післядипломна освіта) за державним замовленням;

Коментар:

Врегульовано Законом України від 20.11.2012 № 5499-VI «Про формування та розміщення державного замовлення на підготовку фахівців, наукових, науково-педагогічних та робітничих кадрів, підвищення кваліфікації та перепідготовки кадрів».

Згідно частини першої статті 3 Закону розміщення державного замовлення здійснюється державними замовниками на конкурсних засадах (крім випадків, передбачених частиною другою цієї статті) у порядку, визначеному Кабінетом Міністрів України за поданням центрального органу виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну політику у сфері освіти (постанова КМУ від 20 травня 2013 р. № 363 «Про затвердження Порядку розміщення державного замовлення на підготовку фахівців, наукових, науково-педагогічних та робітничих кадрів, підвищення кваліфікації та перепідготовки кадрів»).

товари і послуги, закупівля яких здійснюється відповідно до програм Глобального фонду для боротьби із СНІДом, туберкульозом та малярією в Україні, що виконуються відповідно до закону;

Коментар:

Регулюється Законом України від 21.06.2012 № 4999-VI «Про виконання програм Глобального фонду для боротьби із СНІДом, туберкульозом та малярією в Україні».

послуги енергосервісу.

Коментар:

Врегульовано Законом України від 09.04.2015 № 327-VIII «Про запровадження нових інвестиційних можливостей, гарантування прав та законних інтересів суб'єктів підприємницької діяльності для проведення масштабної енергомодернізації».

Особливості здійснення процедур закупівлі товарів, робіт і послуг, визначених цим Законом (крім товарів, робіт і послуг, що підлягають закупівлі відповідно до угод у порядку, визначеному абзацом сімнадцятим частини третьої цієї статті), Міністерством оборони України та його розвідувальним органом, Міністерством внутрішніх справ України, Службою безпеки України, Національною гвардією України, Державною прикордонною службою України, Службою зовнішньої розвідки України, Державною службою спеціального зв'язку та захисту інформації України, Державною службою України з надзвичайних ситуацій та іншими військовими формуваннями та/або частинами в особливий період встановлюються окремим законом.

Коментар:

Регулюється Законом України «Про особливості здійснення закупівель товарів, робіт і послуг для гарантованого забезпечення потреб оборони» від 12.05.2016 № 1356-VIII.

Передбачена переговорна процедура закупівлі із обов'язковим попереднім конкурентним відбором учасників переговорів через застосування електронного аукціону в електронній системі закупівель.

До особливостей за цим спеціальним законом слід віднести використання в межах переговорної процедури критеріїв оцінки пропозицій, кваліфікаційних вимог, власне аукціон для вибору учасників переговорів, що більш властиве процедурі відкритих торгів.

Крім цього, цим спеціальним законом встановлені додаткові підстави для відмови в участі в процедурі закупівлі протягом певного часу. Зокрема цим Законом визначений механізм дискваліфікації учасників за систематичні порушення умов закупівель. Умовою для потрапляння учасника в перелік дискваліфікованих постачальників є здійснення наступних порушень протягом одного року:

- більше трьох разів після запрошення на переговори за результатом електронного аукціону учасник відмовився або не з'явився на переговори;*
- більше двох разів учасник після оголошень про наміри про укладання договору відмовився підписувати договір в установлені замовником терміни;*
- більше одного разу замовник вчинив порушення умов договору щодо якості продукції або строків постачання продукції.*

В разі, якщо учасник протягом одного року вчинив одне з вказаних порушень відповідну кількість разів, замовник заносить даного учасника до реєстру дискваліфікованих учасників. Дискваліфікація до учасника діє 12 місяців з моменту вчинення останнього порушення.

Таким чином, якщо учасник, якого дискваліфікували на 12 місяців подасть свою пропозицію на аукціон від замовника який його дискваліфікував до завершення терміну дискваліфікації, замовник відхилить пропозицію такого учасника.

Нарешті, на відміну від базового Закону, дозволяються до укладених рамкових угод залучати нових постачальників окрім обраних на момент укладення рамкової угоди.

Постановою КМУ від 7.12.2016 №915 встановлено Порядок делегування повноважень на проведення переговорної процедури закупівлі. Цей Порядок визначає процедуру делегування повноважень на проведення переговорної процедури закупівлі для Мініборони та його розвідувального органу, інших військових формувань та/або частин, МВС, СБУ, Національної гвардії, Національної поліції, Держприкордонслужби, Служби зовнішньої розвідки, Держспецзв'язку, Держспецтрансслужби, ДСНС, Управління державної охорони.

Вказаний спеціальний Закон діє виключно для визначених органів державної влади в особливий період.

6. Забороняється придбання товарів, робіт і послуг до/без проведення процедур, визначених цим Законом, та укладання договорів, які передбачають оплату замовником товарів, робіт і послуг до/без проведення процедур, визначених цим Законом. Замовник не має права ділити предмет закупівлі на частини з метою уникнення проведення процедури відкритих торгів або застосування цього Закону.

Коментар:

Мається на увазі саме свідомий поділ предмету закупівлі на частини з метою уникнення проведення процедури відкритих торгів або застосування Закону.

Згідно роз'яснення Мінекономрозвитку, здійснення закупівель замовником у разі виділення додаткових коштів, перерозподілу коштів, зекономлених внаслідок проведення процедур закупівель, коштів, зекономлених у разі зміни ціни договору в бік зменшення у випадках, визначених у частині п'ятій статті 36 Закону, розірвання договору про закупівлю та необхідності здійснення нової закупівлі, можливе після вчинення замовником дій, передбачених частиною першою статті 4 Закону, зокрема, внесення змін до річного плану закупівель, керуючись вартісними межами, встановленими у частині першій статті 2 Закону.

Виходячи зі змісту пункту 18 частини першої статті 1 Закону та з урахуванням Бюджетного кодексу України (у разі, якщо замовником є розпорядник або одержувач бюджетних коштів), такий предмет закупівлі у вищевказаних випадках вважатиметься новим предметом договору.

Тобто, якщо на початку бюджетного року замовник при наявній річній потребі в певному обсязі продукції, свідомо включає до річного плану закупівель потребу лише першого кварталу,

що дозволяє йому уникнути процедури закупівлі – має місце порушення законодавства у сфері закупівель. В той же час, якщо замовник здійснював закупівлю, керуючись тимчасовим кошторисом, здійснення процедур закупівель здійснюється без урахування обсягів закупівель, проведених відповідно до вказаного кошторису, керуючись вартісними межами, визначеними в частині першій статті 2 Закону.

Натомість, у разі коли з об'єктивних причин (зміна структури, розширення функцій замовника, тощо) після закупівлі запланованого річним планом обсягу закупівлі, виникає потреба у додатковій закупівлі аналогічного предмета закупівлі, необхідність застосування нової процедури закупівлі визначається виходячи з очікуваної вартості такого додаткового обсягу предмета закупівлі. Якщо така вартість не перевищує межі, встановлені в частині першій статті 2 Закону, нова процедура закупівель у цьому випадку не застосовується.

У разі закупівлі робіт, фінансування яких передбачається протягом декількох років, замовник має визначати необхідність застосування процедури закупівлі виходячи з вартості робіт за об'єктом в цілому, а не з суми фінансування на певний рік.

Стаття 3. Принципи здійснення закупівель

1. Закупівлі здійснюються за такими принципами:

добросовісна конкуренція серед учасників;

Коментар:

В цілому норми Закону сприяють вільній конкуренції серед учасників. Ризики складають лише можливі недобросовісні дії учасників торгів, які можуть домовлятися між собою щодо певних узгоджених дій при участі у торгах (так звані «змови»).

У такому випадку (змови між учасниками) повинна бути своєчасна реакція замовника (у разі участі пов'язаних осіб) та відповідні дії АМКУ щодо встановлення факту змови та внесення таких суб'єктів господарювання до реєстру відомостей про рішення органів Комітету щодо визнання вчинення суб'єктами господарювання порушень законодавства про захист економічної конкуренції, який розміщений на веб-сайті АМКУ.

максимальна економія та ефективність;

Коментар:

Один із ключових принципів закупівель. Дуже часто замовник при встановленні технічних вимог до предмета закупівлі постає перед питанням, що важливіше: «максимальна економія» чи «максимальна ефективність». Безумовно, при витрачання бюджетних коштів важливо усвідомлювати необхідність економії. Однак, за відсутності зваженого підходу до формування технічних вимог це призводить до закупівлі менш якісного предмету закупівлі, що в результаті дає низьку ефективність закупівлі, а в тривалішому періоді часу може й зумовити надмірне витрачання коштів внаслідок високих витрат на експлуатацію чи використання придбаного товару (роботи, послуги) за нібито низькою ціною.

відкритість та прозорість на всіх стадіях закупівель;

Коментар:

Цей принцип забезпечується через оприлюднення документів, які стосуються процедур закупівлі, на веб-порталі Уповноваженого органу. Перелік документів та строки оприлюднення зазначені в статті 10 Закону.

недискримінація учасників;

Коментар:

Деталізація дотримання принципу недискримінації передбачено статтею 5 Закону. Зокрема, в частині першій цієї статті зазначено, що вітчизняні та іноземні учасники беруть участь у процедурах закупівель на рівних умовах.

Крім цього, згідно частини третьої статті 22 Закону тендерна документація не повинна містити вимог, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників.

об'єктивна та неупереджена оцінка тендерних пропозицій;

Коментар:

Цей принцип дуже важливий з точки зору отримання оптимального результату закупівлі. Важливо забезпечити рівне та об'єктивне відношення до всіх учасників.

запобігання корупційним діям і зловживанням;

Коментар:

Однією із цілей розробки та впровадження конкурсних механізмів у сфері публічних закупівель є запобігання проявам корупції. Реалізація цього принципу здійснюється в першу чергу шляхом забезпечення прозорості і доступності інформації про закупівлі, підзвітності та контролю у сфері закупівель. Саме для цього передбачені: оприлюднення в електронному вигляді максимально можливої кількості документів, пов'язаних із закупівлями; складання звітності; відповідальність посадових осіб замовника та учасника за порушення законодавства у цій сфері; не допущення участі у торгах суб'єктів господарювання за вчинені ними корупційні та інші правопорушення.

Стаття 4. Планування закупівель та інші передумови здійснення процедур закупівель

1. Закупівля здійснюється відповідно до річного плану. Річний план, додаток до річного плану та зміни до них безоплатно оприлюднюються на веб-порталі Уповноваженого органу з питань закупівель протягом п'яти днів з дня їх затвердження.

Коментар:

Важливим аспектом закупівельної діяльності є вивчення замовником стану та кон'юнктури ринку конкретного предмета закупівлі. Від вдало та своєчасно проведених маркетингових досліджень залежить якість планування закупівель, зокрема визначення очікуваної вартості предмета закупівлі, вірний вибір предмета закупівлі та строки організації і проведення процедури, що є ключовими показниками річного плану закупівель.

Особливо це стосується групи товарів, ціни на які постійно змінюються, носять сезонний характер.

В Україні типовою для багатьох замовників є недооцінка важливості такої роботи, що в результаті призводить до зриву планового проведення чи відміни запланованих процедур закупівель через перевищення найкращої пропозиції запланованих кошторисних призначень або подання недостатньої кількості пропозицій через відсутність конкуренції чи небажання певних учасників приймати участь у торгах з різних об'єктивних чи суб'єктивних причин.

Річний план - це комплекс взаємопов'язаних показників, які відображають процес публічних закупівель, що здійснюються конкретним замовником протягом бюджетного року, а також з виділенням окремих видів закупівель, що будуть передбачатися у бюджетних призначеннях кількох відповідних бюджетних періодів.

Річний план складається замовником, як правило, після затвердження кошторису витрат (це насамперед стосується розпорядників бюджетних коштів). Однак, є ситуації, коли замовникам необхідно забезпечити безперервність закупівельного процесу, оскільки це пов'язано з виконанням певних державних функцій чи наданням послуг населенню (наприклад закупівля послуг з виготовлення номерних знаків для автотранспорту, забезпечення харчуванням школярів тощо).

Водночас, замовникам, які є розпорядниками чи одержувачами бюджетних коштів при плануванні закупівель та складанні вимог тендерної документації, зокрема проекту договору про закупівлю, необхідно керуватися Бюджетним кодексом України, згідно якого зобов'язання взяті розпорядником бюджетних коштів без відповідних бюджетних асигнувань або з

перевищенням повноважень встановлених Бюджетним кодексом та законом про Державний бюджет не вважаються бюджетними зобов'язаннями та не підлягають оплаті.

В такому випадку, виходячи з планової потреби в певних товарах чи послугах та їх очікуваної вартості, організація процедури закупівлі може розпочатися наприкінці поточного року та завершитися укладенням договору вже в наступному році, після затвердження кошторису витрат розпорядника бюджетних коштів. В будь-якому разі проект договору має містити порядок настання договірних зобов'язань залежно від реального фінансування.

Водночас, у проекті договору, який є складовою тендерної документації, замовником, відповідно до статті 212 Цивільного кодексу України, може бути передбачено настання прав та обов'язків з відкладальною та скасувальною обставиною.

Зокрема, згідно частини першої статті 212 ЦКУ особи, які вчиняють правочин, мають право обумовити настання або зміну прав та обов'язків обставиною щодо якої невідомо, настане вона чи ні. У цьому разі, права і обов'язки сторін виникають не з моменту його вчинення, а відкладаються на майбутнє.

Форма річного плану закупівель (за процедурами та без проведення процедур закупівлі) затверджена наказом Мінекономрозвитку від 22.03.2016 №490 «Про затвердження форм документів у сфері публічних закупівель».

Річний план складається щодо закупівель, очікувана вартість яких дорівнює або більше сум, що зазначені в частині першій статті 2 Закону.

У разі, якщо очікувана вартість закупівлі є меншою сум, зазначених у частині першій статті 2 Закону, такий предмет закупівлі відображається в додатку до річного плану, який складається за формою річного плану, що здійснюються без проведення процедур закупівель, та підписується головою тендерного комітету торгів або уповноваженою особою.

Форма річного плану закупівель містить обов'язкові поля для заповнення замовником:

- 1. Найменування замовника*.*
- 2. Код згідно з ЄДРПОУ замовника*.*
- 3. Конкретна назва предмета закупівлі.*
- 4. Коди відповідних класифікаторів предмета закупівлі (за наявності).*
- 5. Код згідно з КЕКВ (для бюджетних коштів).*
- 6. Розмір бюджетного призначення за кошторисом або очікувана вартість предмета закупівлі*
- 7. Процедура закупівлі.*
- 8. Орієнтовний початок проведення процедури закупівлі.*
- 9. Примітки.*

Поля форми річного плану заповнюються замовником окремо щодо кожного предмета закупівлі. Тобто електронна форма річного плану закупівель буде оприлюднюватися як окремий електронний документ по кожному із запланованих предметів закупівель, а не в цілому як єдиний документ по всіх запланованих замовником закупівлях. Це ж саме стосується й додатка до річного плану закупівель.

Поля, помічені у формі річного плану зірочкою (), електронна система закупівель заповнює автоматично.*

У випадку, коли замовник здійснював закупівлю, керуючись тимчасовим кошторисом, здійснення процедур закупівель здійснюється без урахування обсягів закупівель, проведених відповідно до вказаного кошторису, керуючись вартісними межами, визначеними в частині першій статті 2 Закону.

Стаття 5. Недискримінація учасників

1. Вітчизняні та іноземні учасники всіх форм власності та організаційно-правових форм беруть участь у процедурах закупівель на рівних умовах.

Коментар:

Разом з цим, замовники та учасники процедур закупівель мають враховувати норми Закону України «Про санкції», який передбачає механізм заборони визначати переможцем процедури закупівлі учасника, щодо якого у встановленому законодавством України порядку запроваджені санкції. Див. також роз'яснення Мінекономрозвитку від 24.11.2016 №3302-06/38090-06.

2. Замовники забезпечують вільний доступ усіх учасників до інформації про закупівлю, передбаченої цим Законом.

Коментар:

Для надання більш широких можливостей для своєчасного отримання інформації про державні закупівлі саме іноземними учасниками частиною четвертою статті 10 Закону передбачено, що оголошення про проведення процедури закупівлі та про результати процедури закупівлі у строки, встановлені в частині першій цієї статті, обов'язково додатково оприлюднюються на веб-порталі Уповноваженого органу англійською мовою, якщо очікувана вартість закупівлі перевищує суму, еквівалентну: для товарів та послуг - 133 тисячам євро; для робіт - 5 мільйонам 150 тисячам євро.

Крім цього, згідно частини 5 статті 10 Закону доступ користувачів до інформації, оприлюдненої на веб-порталі Уповноваженого органу, є безоплатним та вільним.

3. Замовник не може встановлювати дискримінаційні вимоги до учасників.

Коментар:

Дискримінаційними вважаються вимоги, які виходять за межі вимог, передбачених цим Законом, насамперед статей 16 і 17, а також технічних вимог до предмета закупівлі, які штучно звужують конкуренцію.

Стаття 6. Міжнародні зобов'язання України у сфері закупівель

1. Якщо міжнародним договором України, згоду на обов'язковість якого надано Верховною Радою України, передбачено інший порядок закупівлі, ніж порядок, визначений цим Законом, застосовуються положення міжнародного договору України.

2. Закупівля товарів, робіт і послуг за кошти кредитів, позик, що надані відповідно до міжнародних договорів України Міжнародним банком реконструкції та розвитку, Міжнародною фінансовою корпорацією, Багатостороннім агентством з гарантування інвестицій, Міжнародною асоціацією розвитку, Європейським банком реконструкції та розвитку, Європейським інвестиційним банком, Північним інвестиційним банком, а також іншими міжнародними валютно-кредитними організаціями, здійснюється згідно з правилами і процедурами, встановленими цими організаціями, а в разі невстановлення таких правил і процедур - відповідно до цього Закону.

Закупівля товарів, робіт і послуг на умовах їх співфінансування в рамках проектів, що реалізуються за рахунок кредитів, позик, зазначених в абзаці першому цієї частини, здійснюється згідно з правилами і процедурами, встановленими відповідними організаціями, а в разі невстановлення таких правил і процедур - відповідно до цього Закону.

Коментар:

Як правило міжнародні фінансові організації, які надають кредити, позики, гранти вимагають використання власних правил, які мають певні процедурні відмінності від норм Закону. Тому, замовникам необхідно заздалегідь узгоджувати з надавачами фінансової допомоги чи кредитів умови використання коштів і, зокрема, процедури закупівель для укладення договорів.

Розділ II

ДЕРЖАВНЕ РЕГУЛЮВАННЯ ТА КОНТРОЛЬ У СФЕРІ ЗАКУПІВЕЛЬ

Стаття 7. Державне регулювання та контроль у сфері закупівель

1. Уповноважений орган здійснює регулювання та реалізує державну політику у сфері закупівель у межах повноважень, визначених цим Законом.

2. Центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів:

до здійснення оплати за договором про закупівлю перевіряє наявність договору про закупівлю, річного плану закупівель та звіту про результати проведення процедури закупівлі, які підтверджують проведення процедури закупівлі, за результатами якої укладено договір про закупівлю;

вживає заходів з недопущення здійснення платежів з рахунка замовника згідно з узятим фінансовим зобов'язанням за договором про закупівлю у випадках:

відсутності або невідповідності встановленим законодавством вимогам необхідних документів, передбачених абзацом другим цієї частини;

відміни процедури закупівлі;

набрання законної сили рішенням суду про визнання результатів процедури закупівлі недійсними;

на період призупинення процедури закупівлі;

наявності відповідного рішення органу оскарження відповідно до статті 18 цього Закону.

Перевірка наявності документів, визначених в абзаці другому цієї частини, проводиться підрозділом центрального органу виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів, який здійснює обслуговування замовника, шляхом перегляду документів, розміщених в електронній системі закупівель.

Банки під час оплати за договорами про закупівлю перевіряють наявність звіту про результати проведення процедури закупівель та інших документів відповідно до Закону України "Про банки і банківську діяльність" шляхом їх перегляду в електронній системі закупівель. У разі їх невідповідності вимогам цього Закону платіжне доручення вважається оформленим неналежним чином.

Коментар:

ДКСУ є органом, що реалізує державну політику у сфері казначейського обслуговування бюджетних коштів та фактично здійснює оперативний контроль за закупівлями, який відбувається при здійсненні реєстрації договорів про закупівлю.

Положення про Державну казначейську службу України, затверджено постановою Кабінету Міністрів України від 15 квітня 2015 р. № 215.

Законом передбачено, що ДКСУ здійснює перевірку наявності документів без перевірки їх відповідності встановленим формам чи змістовності (їдеться про річний план закупівель та

звіт про результати проведення процедури закупівлі) шляхом їх самостійного перегляду в електронній системі закупівель, тобто, замовники не повинні роздруковувати і нести ці документи до органів ДКСУ. Це є суттєвим спрощенням роботи замовників за умови відсутності збоїв у роботі електронній системі закупівель чи безпосередньо комп'ютерної системи відповідного органу ДКСУ, що може призвести до тимчасового обмеження доступу ДКСУ до необхідної інформації, розміщеної на порталі.

3. Рахункова палата, Антимонопольний комітет України, центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державного фінансового контролю, здійснюють контроль у сфері публічних закупівель у межах своїх повноважень, визначених Конституцією та законами України.

Коментар:

Рахункова палата України, згідно з вимогами чинного законодавства (насамперед Закону України «Про Рахункову палату України» від 2 липня 2015 року N 576-VIII), здійснює контрольну-аналітичну та експертну діяльність, яка забезпечує єдину систему контролю за виконанням державного бюджету і бюджетів державних цільових фондів. Така система контролю інтегрована до основних складових бюджетного процесу і передбачає безперервний трирічний цикл контролю за формуванням та виконанням бюджетів кожного фінансового року, що реалізується на трьох послідовних стадіях: попередній контроль проекту бюджету, поточний контроль виконання бюджету та подальший контроль виконання бюджету.

Також, Рахункова палата України проводить фінансові перевірки, ревізії в Апараті Верховної Ради України, органах виконавчої влади, Національному банку України, Фонді державного майна України, інших підзвітних Верховній Раді України органах, а також на підприємствах і в організаціях незалежно від форм власності у тій частині їх діяльності, яка стосується використання коштів Державного бюджету України.

Нарешті, Рахункова палата проводить щорічну перевірку Уповноваженого органу та АМКУ щодо виконання ними функцій відповідно регулювання закупівель та розгляду скарг. Інформація за результатами таких перевірок подається цим органам та Кабінету Міністрів України.

Антимонопольний комітет України через спеціально створену постійно діючу адміністративну колегію з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель виконує функцію органу оскарження. Більш детально функції та порядок роботи органу оскарження викладені у статтях 8 та 18 Закону. Крім цього, АМКУ є органом виявлення і боротьби зі змовами на торгах як особливим видом порушень конкуренції, про що докладніше описано в коментарі до статті 17.

Відповідно до Положення про Державну аудиторську службу України, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 03 лютого 2016 року №43 Держаудитслужба є центральним органом виконавчої влади, діяльність якого спрямовується і координується Кабінетом Міністрів України та який забезпечує формування і реалізує державну політику у сфері державного фінансового контролю..

ДАСУ здійснює контроль у:

міністерствах, інших органах виконавчої влади, державних фондах, фондах загальнообов'язкового державного соціального страхування, бюджетних установах, суб'єктах господарювання державного сектору економіки, а також на підприємствах, в установах та організаціях, які отримують (отримували у періоді, який перевіряється) кошти з бюджетів усіх рівнів, державних фондів та фондів загальнообов'язкового державного соціального страхування або використовують (використовували у періоді, який перевіряється) державне чи комунальне майно (далі - підконтрольні установи);

суб'єктах господарської діяльності незалежно від форми власності, які не віднесені законодавством до підконтрольних установ, за судовим рішенням, ухваленим у кримінальному провадженні.

ДАСУ реалізує державний фінансовий контроль через здійснення:

- державного фінансового аудиту;
- перевірки державних закупівель;
- інспектування (ревізії);
- моніторингу закупівель;
- контролю за станом внутрішнього аудиту.

Порядок проведення перевірок державних закупівель ДАСУ та її територіальними органами, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 1 серпня 2013 року. № 631.

Моніторинг закупівель проводить центральний орган виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері державного фінансового контролю, та його органи на місцях.

Порядок проведення моніторингу визначається центральним органом виконавчої влади, що забезпечує формування та реалізує державну фінансову політику.

Коментар:

Функції моніторингу покладені на ДАСУ. Однак станом на грудень 2016 року Порядок проведення моніторингу Мінфіном не затверджено.

Для повноцінного правового регулювання виконання цієї функції необхідне також внесення змін до Закону України «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні», положення якого також мають бути доповнені функцією моніторингу закупівель.

Органи, уповноважені на здійснення контролю у сфері закупівель, не мають права втручатися в проведення процедур закупівель.

Коментар:

Фактично це означає, що вказані органи до укладення договору ніяким чином не мають впливати на рішення замовників. Однак, на практиці та з огляду на відсутність окремого порядку моніторингу закупівель виникають подекуди проблеми у якісній реалізації цієї функції органами ДАСУ.

Наразі є практика підготовки органами ДАСУ рекомендацій замовникам щодо усунення можливих порушень при здійсненні ними процедур закупівель за результатами аналізу оприлюднених в електронній системі документів замовника.

Однак, через відсутність врегульованого порядку моніторингу, сприйняття замовниками рекомендацій як рішення спонукання до дії може вважатися прямим втручанням у процедури закупівлі.

4. Нормативно-правове забезпечення державного регулювання у сфері закупівель здійснює Уповноважений орган.

Стаття 8. Уповноважений орган та орган оскарження

1. Основними функціями Уповноваженого органу є:

1) розроблення і затвердження нормативно-правових актів, необхідних для виконання цього Закону;

2) аналіз функціонування системи публічних закупівель;

Коментар:

Цю функцію включено на заміну функції «моніторинг», переданої до органів ДАСУ. Згідно пункту 3 цієї частини статті 8 Закону результати аналізу функціонування системи публічних закупівель мають бути основою щорічного звіту, що має подаватися Мінекономрозвитку до Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, Рахункової палати.

3) підготовка та подання до Верховної Ради України, Кабінету Міністрів України, Рахункової палати щорічного звіту, що містить аналіз функціонування системи публічних закупівель;

4) узагальнення практики здійснення закупівель, у тому числі міжнародної;

5) вивчення, узагальнення та поширення світового досвіду з питань закупівель;

Коментар:

Функції Мінекономрозвитку як Уповноваженого органу щодо узагальнення практики здійснення закупівель, у тому числі міжнародної, а також вивчення, узагальнення та поширення світового досвіду з питань закупівель є досить об'ємною та охоплює будь-яку практику за межами України. Вона використовується в рамках громадських кампаній, спрямованих на просування нових понять, ідей, реформ, інструментів тощо, де світовий досвід може бути представлений як приклад передової практики, підстава або джерело натхнення, що спонукає до запровадження подібних речей в національній системі (наприклад, електронних аукціонів, рамкових угод, пост-моніторингу неконкурентних процедур тощо). Безумовно відповідні практики мають обиратися ретельно та продумано, щоб їх корисність в українському контексті належним чином обґрунтувалася (зв'язок із міжнародними зобов'язаннями України, дотримання вимог чинної політики Уряду, відповідність умовам і методам української правової системи тощо).

У рамках реалізації цих функцій на сайті Мінекономрозвитку (www.me.gov.ua) та веб-порталі Уповноваженого органу (www.prozorro.gov.ua) висвітлюються переважно заходи (тренінги, ознайомчі візити, конференції), які проводяться спільно з міжнародними донорами/проектами, а також, може публікуватися корисна інформація та посилання (наприклад, на огляди SIGMA⁴, відповідні матеріали тематичного Проекту ЄС⁵ тощо).

6) забезпечення функціонування веб-порталу Уповноваженого органу та інформаційного ресурсу Уповноваженого органу;

Коментар:

Функціонування безоплатного веб-порталу (www.prozorro.gov.ua) забезпечується через підпорядковане Уповноваженому органу ДП «Прозорро».

7) наповнення інформаційного ресурсу Уповноваженого органу;

Коментар:

Вхід до інформаційного ресурсу здійснюється з офіційного сайту Мінекономрозвитку за посиланням «<http://me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=8245cee6-6349-45c2-a2cf->

⁴ <http://www.sigmaxweb.org/publications/key-public-procurement-publications.htm>

⁵ <http://eupublicprocurement.org.ua>

8) взаємодія з громадськістю з питань удосконалення системи публічних закупівель;

9) організація нарад та семінарів з питань закупівель;

10) міжнародне співробітництво у сфері закупівель;

11) розроблення та затвердження:

примірної тендерної документації;

Коментар:

Затверджена наказом Мінекономрозвитку від 13.04.2016 №680 «Про затвердження примірної тендерної документації».

примірного положення про тендерний комітет або уповноважену особу (осіб);

Коментар:

Затверджене наказом Мінекономрозвитку від 30.03.2016 №557 «Про затвердження примірного положення про тендерний комітет або уповноважену особу (осіб)».

порядку визначення предмета закупівлі;

Коментар:

Затверджений наказом Мінекономрозвитку від 17.03.2016 №454 «Про визначення предмета закупівлі».

порядку розміщення інформації про публічні закупівлі;

Коментар:

Затверджений наказом Мінекономрозвитку від 18.03.2016 №477 «Про затвердження порядку розміщення інформації про публічні закупівлі»

форм:

річного плану закупівель;

оголошення про проведення процедури закупівлі (оголошення про проведення відкритих торгів, оголошення про проведення конкурентного діалогу);

реєстру отриманих тендерних пропозицій;

протоколу розкриття тендерних пропозицій;

протоколу розгляду тендерних пропозицій;

повідомлення про намір укласти договір;

звіту про результати проведення процедури закупівлі;

повідомлення про внесення змін до договору;

звіту про виконання договору про закупівлю;

звіту про укладені договори;

Коментар:

Всі перераховані форми затверджені наказом Мінекономрозвитку від 22.03.2016 №490 «Про затвердження форм документів у сфері публічних закупівель».

12) надання узагальнених відповідей рекомендаційного характеру щодо застосування законодавства у сфері закупівель;

13) надання безоплатних консультацій рекомендаційного характеру з питань закупівель на інформаційному ресурсі Уповноваженого органу;

Коментар:

Пункти 12 та 13 реалізуються шляхом розміщення інформації на ресурсі, вхід до якого здійснюється з офіційного сайту Мінекономрозвитку за посиланням «<http://me.gov.ua/Documents/Detail?lang=uk-UA&id=8245ceea-6349-45c2-a2cf-35791699407f&title=InformatsiiniResurs>».

14) розроблення примірних навчальних програм з питань організації та здійснення закупівель;

Затверджений наказом Мінекономрозвитку від 02.12.2016 №2017 «Про примірні навчальні програми з питань організації та здійснення публічних закупівель»

15) співробітництво з державними органами та громадськими організаціями щодо запобігання проявам корупції у сфері закупівель;

16) інформування громадськості про політику та правила публічних закупівель;

17) авторизація електронних майданчиків.

Коментар:

Порядок авторизації затверджено постановою КМУ від 24.02.2016 №166 «Про затвердження Порядку функціонування електронної системи закупівель та проведення авторизації електронних майданчиків».

2. Уповноважений орган має право здійснювати дії та вживати заходи, передбачені законодавством, для виконання покладених на нього функцій.

3. Антимонопольний комітет України як орган оскарження з метою неупередженого та ефективного захисту прав та законних інтересів осіб, пов'язаних з участю у процедурах

закупівлі, утворює постійно діючу адміністративну колегію (колегії) з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель. Рішення постійно діючої адміністративної колегії (колегій) приймаються від імені Антимонопольного комітету України.

Постійно діюча адміністративна колегія (колегії) Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель діє у складі трьох державних уповноважених Антимонопольного комітету України. Голова постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України повинен мати вищу освіту.

Член постійно діючої адміністративної колегії (колегій), який є пов'язаною особою із суб'єктом оскарження або замовником, не може брати участі в розгляді та прийнятті рішень щодо такої скарги і повинен бути замінений на час розгляду і прийняття рішення щодо такої скарги іншим державним уповноваженим Антимонопольного комітету України, що визначається Головою Антимонопольного комітету України.

Порядок діяльності постійно діючої адміністративної колегії (колегій) встановлюється відповідно до Закону України "Про Антимонопольний комітет України", якщо інше не встановлено цим Законом.

Коментар:

Порядок діяльності Колегії визначається Законом України «Про Антимонопольний комітет України». Зокрема, статтею 12-1 цього Закону встановлено, що формою роботи адміністративної колегії АМКУ є її засідання, які є правомочними за умови присутності більшості від встановленого складу Колегії. Рішення адміністративної колегії приймаються шляхом голосування більшістю голосів присутніх на їх засіданнях членів. Отже, враховуючи, що постійно діюча адміністративна колегія АМКУ з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері державних закупівель утворена у складі трьох державних уповноважених, для прийняття рішення по скарзі достатньо голосів двох державних уповноважених.

Відповідно до частини третьої статті 8 Закону рішення Колегії приймаються від імені АМКУ.

Порядок оскарження процедур закупівель визначений безпосередньо в Законі (стаття 18).

Більш детально про практику оскаржень в коментарях до статті 18 Закону.

Стаття 9. Громадський контроль у сфері публічних закупівель

1. Громадський контроль забезпечується через вільний доступ до всієї інформації щодо публічних закупівель, яка підлягає оприлюдненню відповідно до цього Закону, до аналізу та моніторингу інформації, розміщеної в електронній системі закупівель, а також шляхом інформування через електронну систему закупівель або письмово органів, уповноважених на здійснення контролю, про виявлені порушення законодавства у сфері публічних закупівель та недоліки роботи електронної системи закупівель.

2. Замовники і учасники процедур закупівель та Уповноважений орган повинні сприяти залученню громадськості до здійснення контролю у сфері закупівель відповідно до законів України "Про громадські об'єднання", "Про звернення громадян" і "Про інформацію".

3. Громадяни і громадські організації та їх спілки не мають права втручатися у процедуру закупівлі.

Коментар:

Практично всі замовники є розпорядниками інформації, в розумінні Закону України «Про доступ до публічної інформації», а тому зобов'язані забезпечувати надання фізичним,

юридичним особам, об'єднанням громадян без статусу юридичної особи інформації, передбаченої частиною першою статті 15 цього Закону, зокрема про організаційну структуру, місію, функції, повноваження, основні завдання, напрями діяльності та фінансові ресурси (структуру та обсяг бюджетних коштів, порядок та механізм їх витрачання тощо) шляхом її оприлюднення та надання за запитами.

Розділ III

ЗАГАЛЬНІ УМОВИ ЗДІЙСНЕННЯ ЗАКУПІВЛІ

Стаття 10. Оприлюднення інформації про закупівлю

1. Замовник самостійно та безоплатно через авторизовані електронні майданчики оприлюднює на веб-порталі Уповноваженого органу в порядку, встановленому Уповноваженим органом та цим Законом, інформацію про закупівлю, а саме:

Коментар:

Згідно цієї норми замовник подає інформацію на веб-портал Уповноваженого органу виключно через вибраний ним авторизований майданчик. Договір може бути укладений з одним чи з декількома майданчиками (на вибір замовника).

Інформацію замовник оприлюднює в електронній системі через електронний сервіс на авторизованих електронних майданчиках, який забезпечує створення, подання, обробку, зміну та оприлюднення інформації та документів для участі у процедурах закупівель, одержання інформації та повідомлень про закупівлі, подання скарг до органу оскарження через мережу Інтернет.

Датою та часом оприлюднення замовником інформації в системі є дата та час унесення її через автоматизоване робоче місце замовника. Підтвердженням оприлюднення інформації вважається її наявність в електронній системі в інтерактивному режимі реального часу.

оголошення про проведення процедури закупівлі та тендерну документацію - не пізніше ніж за 15 днів до дня розкриття тендерних пропозицій, якщо вартість закупівлі не перевищує межі, встановлені у частині четвертій цієї статті, та не пізніше 30 днів у разі перевищення таких меж;

Коментар:

Ця норма стосується оголошень, що подаються за процедурами відкритих торгів і конкурентного діалогу. Строк для оприлюднення має бути не менше 30 календарних днів, у разі, коли вартість закупівлі перевищує межі, передбачені частиною 4 цієї статті (для товарів і послуг - 133 тисяч євро; для робіт - 5150 тисяч євро).

Строк подання тендерних пропозицій для участі в першому етапі конкурентного діалогу не повинен бути меншим, ніж 30 днів з дня оприлюднення оголошення про проведення конкурентного діалогу на веб-порталі Уповноваженого органу.

зміни до тендерної документації та роз'яснення до неї (у разі наявності) - протягом одного дня з дня прийняття рішення про їх внесення або надання роз'яснень;

Коментар:

Порядок внесення змін до документації та надання роз'яснень визначено у статті 23 Закону.

оголошення з відомостями про укладену рамкову угоду (у разі здійснення закупівлі за рамковими угодами) - не пізніше ніж через сім днів з дня укладення рамкової угоди;

протокол розгляду тендерних пропозицій - протягом одного дня з дня його затвердження;

повідомлення про намір укласти договір про закупівлю - протягом одного дня з дня прийняття рішення про визначення переможця процедури закупівлі;

інформацію про відхилення тендерної пропозиції учасника - протягом одного дня з дня прийняття рішення про відхилення;

договір про закупівлю - протягом двох днів з дня його укладення;

повідомлення про внесення змін до договору - протягом трьох днів з дня внесення змін;

Коментар:

Оприлюднюється повідомлення щодо змін, внесених відповідно до частини четвертої статті 36 Закону, за формою, затвердженою наказом Мінекономрозвитку від 22.03.2016 №490.

Крім цього, ця норма стосується тільки договорів про закупівлю товарів, робіт і послуг, вартість яких дорівнює або перевищує межі, встановлені статтею 2 Закону та укладених за результатом проведення процедур закупівель, передбачених статтею 12 Закону. Тобто, у разі проведення «допорогових» закупівель повідомлення про внесення змін до договору не оприлюднюється.

звіт про виконання договору - протягом трьох днів з дня закінчення строку дії договору, виконання договору або його розірвання;

звіт про укладені договори - протягом одного дня з дня укладення договору.

Коментар:

У визначені вище строки інформація має бути наявна на веб-порталі в режимі онлайн.

Форми документів, що підлягають оприлюдненню, затверджені наказом Мінекономрозвитку від 22.03.2016 №490 «Про затвердження форм документів у сфері публічних закупівель». Зразок тендерної документації затверджений наказом Мінекономрозвитку від 13.04.2016 №680.

Перед оприлюдненням всіх передбачених цієї статтею документів їх необхідно затвердити протокольним рішенням тендерного комітету (або ж рішенням уповноваженої особи (осіб)).

Відповідальність за повноту та достовірність інформації, що оприлюднюється на веб-порталі Уповноваженого органу, несуть голова та секретар тендерного комітету замовника або уповноважена особа (особи).

2. Інформація, зазначена у частині першій цієї статті, може додатково оприлюднюватися замовником в інших засобах масової інформації, на веб-сайтах замовника (у разі наявності) або веб-сайтах відповідних органів влади, органів місцевого самоврядування.

3. Тендерні процедури закупівлі не можуть проводитися до/без оприлюднення оголошення про проведення процедури закупівлі на веб-порталі Уповноваженого органу згідно із частиною першою цієї статті.

Коментар:

Ця вимога стосується виключно тендерних процедур (відкриті торги та конкурентний діалог). Оголошення про початок переговорної процедури не оприлюднюється.

4. Оголошення про проведення процедури закупівлі у строки, встановлені у частині першій цієї

статті, обов'язково додатково оприлюднюються на веб-порталі Уповноваженого органу англійською мовою, якщо очікувана вартість закупівлі перевищує суму, еквівалентну:

для товарів і послуг - 133 тисячам євро;

для робіт - 5150 тисячам євро.

Курс євро визначається згідно з офіційним курсом Національного банку України, встановленим на день надання для оприлюднення на веб-порталі Уповноваженого органу оголошення про проведення процедури закупівлі.

Коментар

Вказані вартісні порогові значення аналогічні порогам застосування Директив ЄС про публічні закупівлі для всіх країн ЄС (до цих порогів закупівлі регулюються національним законодавством кожної країни ЄС). Раніше такі порогові значення відігравали роль лише індикатора випадку, коли потрібно оприлюднювати оголошення англійською мовою (так зване «міжнародне оприлюднення»). Проте, зараз така норма також є спробою створити «дуалістичну систему» публічних закупівель в Україні, що полягає, насамперед, в різному алгоритмі розкриття, розгляду та оцінки пропозицій до і вище цих порогів («суто національні» процедури закупівлі передбачають розкриття і перевірку відповідності пропозицій після проведення електронного аукціону, а ті, що перевищують порогові значення, прийняті в ЄС і в цій статті, — оцінювання відповідності тендерних пропозицій має місце перед проведенням аукціону)⁶.

5. Доступ до інформації, оприлюдненої на веб-порталі Уповноваженого органу, є безоплатним та вільним. Інформація про закупівлю, визначена цим Законом, розміщується на веб-порталі Уповноваженого органу безоплатно через авторизовані електронні майданчики.

Уповноважений орган забезпечує оприлюднення інформації про закупівлі, зазначеної у частині першій цієї статті, відповідно до вимог Закону України "Про доступ до публічної інформації", у тому числі у формі відкритих даних.

Веб-портал Уповноваженого органу повинен відповідати встановленим законодавством вимогам щодо захисту інформації.

Коментар:

Технічну роботу із супроводження функціонування веб-порталу Уповноваженого органу здійснює підприємство Мінекономрозвитку – ДП «Прозорро».

Порядок оприлюднення на веб-порталі інформації, передбаченої Законом, затверджено наказом Мінекономрозвитку від 18.03.2016 №477 «Про затвердження порядку розміщення інформації про публічні закупівлі».

Прийом оголошень та інформації для оприлюднення здійснюється через авторизовані майданчики з використанням програмних продуктів, що дозволяє приймати визначену Законом інформацію від замовників в електронному вигляді.

Згідно зазначеного наказу, розміщення інформації в електронній системі закупівель здійснюється замовником/учасником/органом оскарження шляхом її внесення та заповнення в електронному вигляді через автоматизоване робоче місце замовника/учасника/органу оскарження. Оприлюднення інформації на веб-порталі здійснюється електронною системою закупівель.

⁶Частина четверта статті 10, п. 9 частини другої статті 21, частина перша статті 27, частина перша статті 28 і п. 1 частини п'ятої статті 28 Закону та Коментарі до них.

Замовник/учасник/орган оскарження для отримання доступу до автоматизованого робочого місця безоплатно проходить реєстрацію на авторизованому електронному майданчику або веб-порталі шляхом здійснення одного із способів ідентифікації/авторизації відповідно до порядку, встановленого КМУ.

Згідно пункту 3 Порядку функціонування електронної системи закупівель та проведення авторизації електронних майданчиків, затвердженого постановою КМУ від 16.02.2016 №166, реєстрація в електронній системі закупівель здійснюється одним із способів ідентифікації/авторизації за допомогою:

1) використання електронного цифрового підпису відповідно до Закону України «Про електронний цифровий підпис» (високий рівень довіри (у разі використання посиленого сертифіката відкритого ключа) або середній рівень довіри (у разі використання сертифіката відкритого ключа);

2) використання сервісів ідентифікації, які надаються установами банку відповідно до законодавства (середній рівень довіри);

3) ідентифікації через отримання авторизованим електронним майданчиком банківського платежу від користувача. Оператор авторизованого електронного майданчика надає рахунок користувачу для оплати. Після перевірки оператор авторизованого електронного майданчика може або повернути платіж користувачу, або зарахувати його у вигляді плати за реєстрацію відповідно до умов договору між користувачем і оператором авторизованого електронного майданчика (середній рівень довіри);

4) ідентифікації через оператора мобільного зв'язку відповідно до законодавства (середній або незначний рівень довіри);

5) ідентифікації через підписання договору між користувачем та оператором авторизованого електронного майданчика (середній рівень довіри).

Стаття 11. Тендерний комітет та уповноважені особи замовника

1. Для організації та проведення процедур закупівель замовник утворює тендерний комітет (комітети) або визначає уповноважену особу (осіб).

Тендерний комітет діє на засадах колегіальності та неупередженості.

Членство в тендерному комітеті або визначення уповноваженої особи (осіб) не повинно створювати конфлікт між інтересами замовника та учасника чи між інтересами учасників процедури закупівлі, наявність якого може вплинути на об'єктивність і неупередженість прийняття рішень щодо вибору переможця процедури закупівлі. Уповноважена особа (особи) під час організації та проведення процедур закупівель повинна забезпечити об'єктивність та неупередженість під час процесу організації та проведення процедур закупівлі в інтересах замовника.

2. Склад тендерного комітету та положення про тендерний комітет затверджуються рішенням замовника. Уповноважена особа (особи) здійснює свою діяльність на підставі укладеного з замовником трудового договору (контракту) або розпорядчого рішення замовника. Уповноважена особа повинна мати вищу освіту.

Не можуть входити до складу тендерного комітету та/або визначатися уповноваженими особами посадові особи та представники учасників, члени їхніх сімей, а також народні депутати України, депутати Верховної Ради Автономної Республіки Крим та депутати міської, районної у місті, районної, обласної ради.

До складу тендерного комітету входять не менше п'яти осіб. У разі якщо кількість службових

(посадових) осіб у штатній чисельності працівників замовника є меншою, ніж п'ять осіб, до складу тендерного комітету мають входити всі службові (посадові) особи замовника. Керівництво роботою тендерного комітету здійснює його голова. Голова тендерного комітету призначається замовником, організовує роботу комітету та несе персональну відповідальність за виконання покладених на комітет функцій. У разі визначення замовником уповноваженої особи (осіб) організація роботи здійснюється нею (ними) самостійно згідно з умовами трудового договору (контракту) або положення.

Голова, секретар та інші члени тендерного комітету, уповноважені особи можуть пройти навчання з питань організації та здійснення закупівель.

Коментар:

Згідно цієї норми, навчання є добровільним. Порядок навчання не визначається ніяким органом, однак, Уповноважений орган визначає примірні навчальні програми (наказ Мінекономрозвитку від 02.12.2016 №2017 «Про примірні навчальні програми з питань організації та здійснення публічних закупівель»).

3. Тендерний комітет або уповноважена особа (особи):

планує закупівлі, складає та затверджує річний план закупівель;

здійснює вибір процедури закупівлі;

проводить процедури закупівель;

забезпечує рівні умови для всіх учасників, об'єктивний та чесний вибір переможця;

забезпечує складання, затвердження та зберігання відповідних документів з питань публічних закупівель, визначених цим Законом;

забезпечує оприлюднення інформації та звіту щодо публічних закупівель відповідно до Закону;

здійснює інші дії, передбачені цим Законом.

4. Рішення тендерного комітету або уповноваженої особи оформлюється протоколом. У рішенні відображаються результати поіменного голосування членів комітету, присутніх на засіданні тендерного комітету, з кожного питання. Протокол підписується всіма членами комітету, присутніми на його засіданні, або всіма уповноваженими особами. У разі відмови члена тендерного комітету або однієї з уповноважених осіб підписати протокол про це зазначається у протоколі з обґрунтуванням причин відмови.

5. Примірне положення про тендерний комітет та уповноважену особу (осіб) затверджується Уповноваженим органом.

Коментар:

Як зазначалося в коментарі до пункту 12 частини першої статті 1 Закону процедури закупівель в Україні організуються та проводяться виключно тендерним комітетом або уповноваженою особою.

Однак, в залежності від рівня замовника (головна чи підвідомча організація), обсягів

закупівель, кількості підпорядкованих організацій, установ чи підприємств, крім власне процедурного комітету з торгів, як колегіального органу для прийняття рішень щодо здійснення закупівель, часто створюються окремі підрозділи з організації і координації здійснення публічних закупівель.

Це відбувається, як правило, на рівні головних організацій. Зазначене обумовлене тим, що до прийняття остаточного рішення щодо здійснення закупівель власне членами тендерного комітету проводиться серйозна підготовча робота на рівні галузевих підрозділів замовника, які формують пропозиції щодо потреби у придбанні товарів, робіт і послуг у плановому бюджетному періоді з урахуванням як потреб центрального апарату міністерства, так і підпорядкованих (у тому числі регіональних) підрозділів. Тобто, фактично, має місце централізація закупівель з метою уніфікації товарів і послуг, забезпечення більш якісного та професійного проведення процедур закупівель та досягнення більшого економічного ефекту від застосування конкурсних механізмів завдяки збільшенню обсягів закупівель та, як наслідок, можливості отримання суттєвих оптових знижок від постачальників.

Варто зазначити, що робота із організації процедур закупівель повинна розглядатися не як суто технічна робота, що передбачає дотримання певних процедурних вимог Закону (щодо оприлюднення, документального оформлення, строків), а в більш широкому розумінні - як комплекс робіт з планування, маркетингової та логістичної діяльності, необхідних для якісного та своєчасного матеріально-технічного забезпечення виконання функцій організаціями – замовниками, що потребує досить широких професійних знань та навичок.

З урахуванням цього, існуюча редакція Закону передбачає можливість визначення уповноваженої особи (осіб), яка, маючи достатній досвід роботи у сфері закупівель, може більш професійно організовувати та проводити процедури закупівель.

Наказом Мінекономрозвитку від 10.08.2016 №1328 внесено зміни до національного Класифікатора професій ДК 003:2010, якими введено нову професію «Фахівець з публічних закупівель» (код КП 2419.2). Таким чином, замовники мають правові підстави вводити до штатного розпису відповідних фахівців з питань закупівель.

Примірне положення про тендерний комітет або уповноважену особу (осіб) затверджене наказом Мінекономрозвитку від 30.03.2016 №557.

Відповідно до зазначеного наказу склад комітету та положення про нього, а також зміни до складу комітету, затверджуються рішенням замовника. Відповідно до Примірного положення, Голова комітету призначає заступника (заступників) голови, секретаря з числа членів комітету та визначає функції кожного члена комітету.

Рішення голови комітету щодо призначення заступника (заступників) голови та секретаря комітету, визначення функцій кожного члена комітету та вирішення інших питань заносяться до протоколу засідання комітету.

Необхідно звернути увагу на те, що існуюча редакція наказу не передбачає обов'язковості надання голові комітету права підпису договорів про закупівлю. Тобто, можлива ситуація, коли голова комітету відповідає виключно за організацію та проведення процедур закупівель, а підписує договори від імені замовника інша посадова особа. Однак, замовникам потрібно усвідомлювати, що виконання функцій голови комітету є досить складною та відповідальною роботою, яка має покладатись на посадову особу з досвідом та достатніми владними повноваженнями. Не припустимою є практика призначення на посаду Голови комітету особи з числа спеціалістів, які не мають ніяких професійних навичок, а інколи за посадовими обов'язками навіть не відповідають за питання матеріально-технічного забезпечення функціонування замовника.

В той же час, Примірне положення передбачає можливість делегування права на підписання договорів про закупівлю Уповноваженій особі (особам) у разі надання замовником таких повноважень, оформлених відповідно до законодавства.

Законодавство не обмежує кількість тендерних комітетів, які можуть бути створені замовником та кількість уповноважених осіб. Інколи з практичної точки зору це є доцільним, особливо на рівні замовників, які є головними розпорядниками коштів (головними організаціями) та замовників, специфіка господарської діяльності яких, передбачає здійснення закупівель різних

за номенклатурою та призначенням товарів, робіт і послуг.

Такий підхід дозволяє залучати до роботи в профільних тендерних комітетах спеціалістів належного фахового рівня за своєю спеціалізацією. Як приклад, можна привести практику створення тендерних комітетів для організації процедур закупівель виключно продукції та послуг, необхідних для матеріально-технічного забезпечення апарату замовника, та окремо комітетів для організації закупівель науково-дослідних робіт.

Крім цього, для підвищення ефективності роботи тендерних комітетів позитивно може бути практика створення окремих робочих груп (наприклад для підготовки тендерної документації, перевірки пропозицій на предмет відповідності вимогам документації), у тому числі із залученням, у разі потреби, службових осіб структурних підрозділів замовника для надання консультацій з технічних питань. Такі робочі групи можуть функціонувати як на постійній, так і на тимчасовій основі, в залежності від кількості та періодичності організації процедур певного предмета закупівлі.

Водночас, згідно пункту 1.4 Положення замовником не може бути одночасно визначено відповідальними за організацію та проведення одних і тих самих процедур закупівель тендерний комітет та уповноважену особу (осіб).

Примірне положення встановлює певні освітньо-кваліфікаційні вимоги щодо призначення уповноважених осіб, зокрема згідно пункту 3.6 Положення Уповноважена особа (особи) повинна мати:

вищу освіту;

не менше двох років досвіду роботи у сфері закупівель;

належний обсяг знань чинного законодавства у сфері публічних закупівель та практику його застосування.

Крім цього, у залежності від обсягів та предмета закупівлі уповноваженій особі (особам) доцільно орієнтуватися в одному чи декількох питаннях:

в основах сучасного маркетингу, кон'юнктурі ринків товарів, робіт і послуг та факторах, що впливають на її формування, а також джерелах інформації про ринкову кон'юнктуру;

у чинних стандартах та технічних умовах товарів, робіт і послуг, які закуповуються замовником;

у видах, істотних умовах та особливостях укладення догорів про закупівлю товарів, робіт і послуг тощо.

Стаття 12. Процедури закупівлі

1. Закупівля може здійснюватися шляхом застосування однієї з таких процедур:

відкриті торги;

конкурентний діалог;

переговорна процедура закупівлі.

Коментар:

В порівнянні з попереднім законодавством кількість процедур зменшено з 5 до 3, з них дві (відкриті торги та конкурентний діалог) є конкурентними. Відкриті торги можуть застосовуватися практично для будь-якої закупівлі, крім тих, де об'єктивно відсутній конкурентний ринок (тому може бути застосована переговорна процедура) чи складність предмета закупівлі обумовлює необхідність проведення попередніх переговорів, що передбачає процедура конкурентного діалогу.

2. Замовник здійснює процедури закупівлі, передбачені частиною першою цієї статті, шляхом використання електронної системи закупівель.

Коментар:

При проведенні переговорної процедури електронна система використовується тільки на завершальній стадії в частині оприлюднення повідомлення про намір укласти договір та звітних документів після укладання договору про закупівлю, який теж оприлюднюється. Вся ж переговорна частина передбачає безпосереднє спілкування між замовником та учасником (учасниками) без використання електронної системи, починаючи із запрошення до участі у переговорах і закінчуючи самими переговорами

3. Електронна система закупівель повинна бути загальнодоступною та гарантувати недискримінацію, рівні права під час реєстрації всім заінтересованим особам та рівний доступ до інформації всім особам, обмін і збереження інформації та документів має відбуватися з гарантуванням непорушності даних про учасників і їхніх пропозицій під час проведення процедури закупівлі та їх конфіденційність до моменту розкриття тендерних пропозицій.

Електронна система закупівель під час отримання тендерних пропозицій повинна забезпечувати фіксацію дати та точного часу отримання тендерних пропозицій та неможливість доступу будь-яких осіб до отриманих тендерних пропозицій (їх частин) до моменту настання дати і часу кінцевого строку подання та розкриття таких пропозицій, зазначених в оголошенні про проведення процедури закупівлі.

Під час використання електронної системи закупівель з метою подання тендерних пропозицій і здійснення їх оцінки документи та дані створюються та подаються з урахуванням вимог Закону України "Про електронні документи та електронний документообіг".

Електронна система закупівель повинна забезпечити збереження та належний захист усієї інформації щодо проведення процедур закупівель, можливість доступу до цієї інформації замовників, учасників, контролюючих органів, органу оскарження, уповноваженого органу та інших осіб відповідно до положень цього Закону і відповідати вимогам щодо наявності:

- 1) можливості здійснювати обмін інформацією з використанням Інтернету;
- 2) загальнодоступних засобів телекомунікації, що не обмежують участі у процедурах закупівель;
- 3) системи електронного обміну документами з використанням методів ідентифікації, вимоги до яких визначаються Кабінетом Міністрів України;
- 4) можливості здійснювати ідентифікацію учасників і точно визначати час і дату отримання тендерних пропозицій (їх частин) за умови відсутності доступу до таких даних з боку будь-яких осіб до встановленого кінцевого строку подання та часу і дати розкриття їх пропозицій;
- 5) системи збереження даних, що здійснює зберігання протягом не менш як 10 років усіх документів, що надійшли від замовників, учасників, органу оскарження та були створені під час оцінки тендерних пропозицій, та забезпечує автоматичне резервування і відновлення даних;
- 6) забезпечення безперервності процесу закупівель.

Належним захистом інформації в системі електронних закупівель вважається захист у системі

хмарних обчислень, що підтверджується наявністю дійсного сертифіката, який встановлює відповідність системи менеджменту інформаційною безпекою, що застосовується при обробці інформації в системі хмарних обчислень, вимогам стандарту ISO/IEC 27001 або ДСТУ ISO/IEC 27001, або інших стандартів, якими їх замінено, виданого вітчизняним чи іноземним органом чи організацією з оцінки відповідності, акредитованим національним органом України з акредитації або іноземним органом з акредитації, який є стороною багатосторонньої угоди про визнання Міжнародного форуму з акредитації та/або Європейської кооперації з акредитації, відповідно до стандарту ISO/IEC 17021, або ДСТУ ISO/IEC 17021, або інших стандартів, якими їх замінено.

Доступ до інформації в електронній системі закупівель та її передача здійснюються через мережу Інтернет із використанням криптографічного захисту із застосуванням протоколу TLS версії не нижче 1.2.

У разі розкриття та оцінки пропозицій учасників електронна система повинна забезпечувати введення/виведення даних, приймання команд та відображення результатів їх виконання в інтерактивному режимі реального часу.

Під час проведення електронного аукціону авторизовані електронні майданчики повинні забезпечити рівний і вільний доступ до нього всім учасникам та можливість здійснювати перегляд проходження електронного аукціону в інтерактивному режимі реального часу всім заінтересованим особам.

Додаткові вимоги щодо функціонування електронної системи закупівель, надання сервісів устанавлюються Кабінетом Міністрів України.

Коментар:

Наведені вимоги до технічної і функціональної складової електронної системи закупівель в цілому відповідають кращим міжнародним стандартам і практикам, зокрема країн ЄС.

Однією з ключових вимог до системи електронних закупівель є забезпечення належного захисту інформації саме в системі хмарних обчислень, що є одним з ключових застережень Державної служби спеціального зв'язку та захисту інформації ще на стадії опрацювання цього Закону як законопроекту. Наразі це питання залишається відкритим і має бути враховане при подальшому вдосконаленні Закону. При цьому відповідно до постанови КМУ від 24.02.2016 №166 «Про затвердження Порядку функціонування електронної системи закупівель та проведення авторизації електронних майданчиків» визначено, що в електронній системі закупівель повинна бути створена комплексна система захисту інформації (далі – КСЗІ) з підтвердженою відповідністю відповідно до вимог законодавства в сфері захисту інформації.

Додаткові вимоги щодо функціонування електронної системи закупівель, надання сервісів регулюється постановою КМУ від 24.02.2016 №166 «Про затвердження Порядку функціонування електронної системи закупівель та проведення авторизації електронних майданчиків».

Стаття 13. Закупівля за рамковими угодами

1. Закупівля за рамковими угодами здійснюється в порядку, передбаченому для проведення процедури відкритих торгів, з урахуванням вимог цієї статті, а рамкові угоди укладаються відповідно до вимог цієї статті.

2. Особливості укладення і виконання рамкових угод визначаються Уповноваженим органом.

Коментар:

Особливості укладення і виконання рамкових угод визначено наказом Мінекономрозвитку.

Згідно основних положень наказу:

- ***закупівля за рамковими угодами може здійснюватися:
замовником;
централізованою закупівельною організацією (далі – ЦЗО) в інтересах замовників;***
- ***рамкова угода укладається:
у разі проведення закупівлі за рамковою угодою замовником – замовником та учасниками-переможцями;
у разі проведення закупівлі за рамковою угодою ЦЗО – ЦЗО, усіма замовниками, в інтересах яких проводиться закупівля за рамковою угодою, а також всіма учасниками-переможцями такої закупівлі;***
- ***закупівля за рамковою угодою з одним учасником-переможцем може бути проведена лише ЦЗО. У випадку укладання рамкової угоди з одним учасником ЦЗО повинен визначити в рамковій угоді всі істотні умови договору про закупівлю. Договір про закупівлю за рамковою угодою вважається укладеним після подання замовником учаснику пропозиції виконати зазначені у рамковій угоді умови та отримання письмової згоди від учасника;***
- ***вибір учасника для укладання договору про закупівлю за рамковою угодою через відбір або конкурентний відбір здійснюється із використанням електронного аукціону через електронну систему закупівель.***

3. В оголошенні про проведення закупівлі за рамковою угодою обов'язково зазначаються:

- 1) строк, на який укладається угода, що не може перевищувати чотирьох років;
- 2) кількість учасників, з якими буде укладено угоду, крім випадків укладення рамкової угоди;
- 3) найменування і місцезнаходження замовника (замовників), які здійснюватимуть закупівлю за угодою.

4. Рамкова угода укладається з кількома учасниками за умови, що участь у ній беруть не менше трьох учасників.

У разі надходження пропозицій у кількості меншій, ніж заявлена кількість учасників, або відхилення отриманих тендерних пропозицій на підставах, установлених цим Законом, замовник має право укласти рамкову угоду з тими учасниками, пропозиції яких не відхилені, але не менше ніж з трьох.

Коментар:

Кількість учасників рамкової угоди визначається за правилами, встановленими підпунктом 2 частини третьої і частиною четвертою статті 13 Закону а саме:

- ***замовник (або ЦЗО) повинен вказати конкретну кількість майбутніх учасників рамкової угоди наперед в оголошенні про проведення закупівлі, виходячи з того, що є два взаємовиключних види рамкової угоди – з одним учасником і з кількома учасниками;***
- ***у разі угоди з одним учасником зазначається число «1» як кількість учасників;***
- ***у разі угоди з кількома учасниками загальне правило-обмеження абзацу 1 частини четвертої статті 13 фіксує число «3» як мінімальну можливу кількість учасників рамкової угоди, тобто в оголошенні має бути вказано число «3» або «4» або «5» тощо;***
- ***спеціальне правило абзацу 2 частини четвертої статті 13 Закону з урахуванням абзаців п'ятого і шостого частини першої статті 31 допускає можливість укладення угоди з меншою***

ніж заявлена в оголошенні кількістю учасників, але не менше трьох.

Слід зазначити, що ці правила практично аналогічні правилам ЄС. Зокрема, у Директиві №24 від 2014, а саме у додатку V щодо форми змісту оголошення про торги зазначено, що у разі укладення рамкової угоди вказується максимальна конкретна кількість учасників угоди. Натомість, використання в оголошенні формулювання "не менше ніж" або діапазону кількості учасника (від -- до_) не допускається.

5. Замовник має право укласти договір про закупівлю відповідних товарів і послуг виключно з тими учасниками, з якими укладено рамкову угоду.

6. Рамкові угоди виконуються з дотриманням таких вимог:

1) у разі укладення рамкової угоди з одним учасником усі істотні умови договору про закупівлю визначаються в рамковій угоді, а такий договір вважається укладеним після подання замовником учаснику пропозиції виконати зазначені умови та отримання письмової згоди учасника;

Коментар:

На даному початковому етапі запровадження рамкових угод дуже обережно слід розглядати питання укладення рамкової угоди з одним учасником на декілька років, що має бути винятковим випадком, належним чином обґрунтованим на підставі об'єктивної ринкової ситуації існування обмеження ринку певного товару чи послуги (наприклад, послуга мобільного зв'язку). Абсолютна більшість товарів і послуг, які можуть закуповуватися за рамковими угодами, належать до досить конкурентних ринків, у зв'язку з чим для їх закупівлі доцільніше (у тому числі з точки зору ризиків контролю) застосовувати рамкові угоди з кількома учасниками.

2) у разі укладення рамкової угоди з кількома учасниками:

якщо всі істотні умови договору про закупівлю визначені в рамковій угоді, замовник має право укласти такий договір з дотриманням зазначених у рамковій угоді умов відбору серед учасників, з якими укладено відповідну рамкову угоду;

Коментар:

Цей абзац передбачає спрощену процедуру відбору лише за найнижчою ціною (це також має бути зазначено у рамковій угоді), що передбачає такі дії:

- у разі виникнення потреби замовника на поставку товару (надання послуги) – подання ним заявки-запиту всім учасникам рамкової угоди з кількістю партії, місцем і термінами поставки з метою одержання від учасників цінкових пропозицій у встановлений на розсуд замовника у заявці строк;

- у відповідь на заявку-запит учасники подають цінкові пропозиції у встановлений у заявці строк;

- договір про закупівлю на поставку товару (надання послуги) укладається з учасником, який подав цінкову пропозицію з найнижчою ціною.

якщо не всі істотні умови договору про закупівлю визначені в рамковій угоді, такий договір укладається замовником з переможцем процедури конкурентного відбору, що проводиться замовником серед учасників, з якими укладено відповідну рамкову угоду.

З метою визначення переможця конкурентного відбору замовник надсилає запрошення всім учасникам, з якими укладено рамкову угоду, подати пропозиції щодо укладення договору про

закупівлю. Замовник повинен установити строк, достатній для підготовки учасниками пропозицій.

Оцінка пропозицій та визначення переможця (переможців) проводяться за критеріями, установленими в рамковій угоді, з урахуванням специфічних вимог до предмета закупівлі, установлення яких допускається згідно з угодою. Такі специфічні вимоги зазначаються в запрошенні учасникам подати пропозиції. Запрошення учасникам та їх пропозиції не можуть передбачати істотну зміну умов договорів закупівлі та характеристик відповідного предмета закупівлі, визначених рамковою угодою.

Коментар:

Основною відмінністю конкурентного відбору від просто відбору є те, що для визначення переможця конкурентного відбору крім критерію «ціна» можуть застосовуватися інші критерії, проте питома вага цінового критерію не може бути нижчою 70 відсотків, про що відразу зазначається в рамковій угоді заздалегідь.

Відбір і конкурентний відбір проводяться замовником із застосуванням електронного аукціону відповідно до статті 29 цього Закону.

7. Один замовник може бути стороною однієї або кількох рамкових угод. Замовник протягом семи днів з дня укладення рамкової угоди надає для оприлюднення відповідно до статті 10 цього Закону оголошення з відомостями про укладену рамкову угоду.

Коментар:

Форми оголошення про проведення закупівлі за рамковою угодою та оголошення з відомостями про укладену рамкову угоду затверджені наказом Мінекономрозвитку від 22.03.2016 №490.

Стаття 14. Подання інформації під час проведення процедури закупівлі

1. Подання інформації під час проведення процедури закупівлі здійснюється в електронному вигляді через електронну систему закупівель.

2. Уся інформація, що подається під час проведення процедур закупівлі, може оброблятися в системі хмарних обчислень за умови підтвердження належного рівня захисту інформації в такій системі згідно з вимогами абзацу одинадцятого частини третьої статті 12 цього Закону.

Стаття 15. Мова, що застосовується під час проведення процедур закупівель

1. Під час проведення процедур закупівель усі документи, що готуються замовником, викладаються українською мовою, а також за рішенням замовника одночасно всі документи можуть мати автентичний переклад на іншу мову. Визначальним є текст, викладений українською мовою.

Коментар:

Згідно цієї статті замовник самостійно приймає рішення про переклад документа на іншу мову. Виключенням є оголошення про проведення процедури закупівлі та про результати здійснення процедури у разі, якщо вартість закупівлі перевищує суму, еквівалентну: для товарів, послуг - 133 тисячам євро; для робіт – 5150 тисячам євро. Відповідно частини 4 статті 10 Закону у цьому випадку оголошення має бути обов'язково оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого

органу англійською мовою.

Стаття 16. Кваліфікаційні критерії

1. Замовник вимагає від учасників подання ними документально підтвердженої інформації про їх відповідність кваліфікаційним критеріям.

2. Замовник установлює один або декілька з таких кваліфікаційних критеріїв:

наявність обладнання та матеріально-технічної бази;

наявність працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід;

наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного договору.

Коментар:

Законом, передбачена необхідність застосування принаймні одного з кваліфікаційних критеріїв. Тобто, замовник має право застосовувати будь-який (будь-які) з наведених кваліфікаційних критеріїв в залежності насамперед від предмета закупівлі, умов його поставки, тощо. Тобто, якщо закуповується простий товар, який не носить специфічний чи спеціалізований характер, технічні вимоги до нього є стандартними, а оплата здійснюється після поставки - кількість критеріїв може бути мінімізована лише до одного.

Водночас, якщо мова йде про закупівлю будівельних робіт за окремо розробленою проектно-кошторисною документацією, та має місце передоплата - бажано застосовувати максимальну кількість кваліфікаційних критеріїв. Звертаємо увагу, що в порівнянні з попереднім Законом про держзакупівлі із цього Закону вилучений критерій фінансової спроможності.

3. Визначені замовником згідно з цією статтею кваліфікаційні критерії та перелік документів, що підтверджують інформацію учасників про відповідність їх таким критеріям, зазначаються в тендерній документації та вимагаються під час проведення переговорів з учасником (у разі застосування переговорної процедури закупівлі).

Замовник не встановлює кваліфікаційні критерії та не визначає перелік документів, що підтверджують подану учасниками інформацію про відповідність їх таким критеріям, у разі закупівлі нафти, нафтопродуктів сирих, електричної енергії, послуг з її передачі та розподілу, централізованого постачання теплової енергії, централізованого постачання гарячої води, послуг з централізованого опалення, послуг поштового зв'язку, поштових марок і маркованих конвертів, телекомунікаційних послуг, у тому числі з трансляції радіо- та телесигналів, послуг з централізованого водопостачання та/або водовідведення, послуг з перевезення залізничним транспортом загального користування.

Коментар:

Відповідно до статті 22 Закону в тендерній документації повинен бути встановлений спосіб документального підтвердження відповідності учасника кваліфікаційним критеріям згідно із законодавством.

Основними практичними проблемами виконання цієї вимоги наразі є такі:

- неоднозначне розуміння норми «спосіб документального підтвердження відповідності учасника кваліфікаційним критеріям, згідно із законодавством». Контролюючі органи часто трактують цю норму таким чином, що власне підтвердження учасником відповідності певному критерію не є підтвердженням згідно із законодавством, оскільки такий спосіб законодавством прямо не передбачений. Разом з цим, в окремих випадках (зокрема при закупівлі стандартних

товарів, послуг) абсолютно достатнім є саме власне підтвердження учасником відповідності тому чи іншому критерію;

- при проведенні процедур замовники не визначають, в тендерній документації, які саме договори вважаються аналогічними: за предметом закупівлі, або за конкретним товаром, послугою в рамках предмета, чи враховується обсяг поставки, виконаних робіт при визначенні аналогічності договору, що створює конфліктні ситуації. При цьому, замовники не враховують, що сама копія договору не є підтвердженням його виконання, тому бажано вимагати також копії актів виконаних робіт чи відгуки від попередніх замовників (клієнтів).

- розповсюдженим способом дискримінації є встановлення певної необґрунтованої кількості договорів, які повинен виконати учасник, періоду, в якому повинні бути виконані такі договори, вартісного обсягу предмета закупівлі, а також, перелік конкретних організацій-замовників, з якими укладалися договори (наприклад, лише Управління освіти або лише дитсадки заклади охорони здоров'я тощо).

Показовим в цьому аспекті є одне з рішень АМКУ (№ 929-Р/ПК-СК за серпень 2012 року) щодо порушення замовником порядку проведення процедури закупівлі шляхом включення до документації необґрунтованих вимог щодо підтвердження виконання аналогічних договорів за предметом закупівлі - «вугілля кам'яне», а саме:

підтвердження досвіду шляхом надання аналогічних договорів на постачання вугілля конкретних марок (а не вугілля кам'яного взагалі);

обмеження суми аналогічних договорів, яка повинна складати не менш ніж 500 тис. грн.;

надання договорів на постачання вугілля бюджетним установам.

АМКУ визнав такі вимоги дискримінаційними та зобов'язав замовника внести відповідні зміни до «документації конкурсних торгів» (хоча це рішення приймалося в рамках Закону про державні закупівлі воно є абсолютно актуальним і в умовах нового Закону).

Важливим, з точки зору запобігання дискримінації при оцінюванні критерію досвіду, є вірне формулювання періоду, за який він підтверджується. Наприклад, якщо замовник висуне вимогу про підтвердження виконання трьох аналогічних договорів за період 2013 - 2015 років, учаснику достатньо буде надати копії таких договорів, виконаних у будь-якому з цих років. Водночас вимога щодо надання договорів за кожен з цих років може розглядатися як дискримінаційна.

Практичні проблеми з підтвердженням кваліфікації виникають у ситуаціях, коли в процедурі приймає участь об'єднання підприємств, де досвід, матеріально технічну базу має не об'єднання, як юридична особа, а окремі підприємства-члени цього об'єднання. Така ж ситуація виникає тоді, коли учасник не має власної матеріально-технічної бази та працівників, проте орендує відповідне майно чи співпрацює за договорами з підприємствами, які мають матеріально-технічну базу та працівників, необхідних для виконання договору про закупівлю.

Наприклад, у разі коли предметом закупівлі є постачання паливно-мастильних матеріалів із забезпеченням доставки пального на базу замовника, достатнім для виконання цього кваліфікаційного критерію (наявність обладнання та матеріально-технічної бази) буде надання учасником документів, що підтверджують факт наявності власної або орендованої техніки (цистерни, автоцистерни), необхідної для своєчасної поставки предмета закупівлі.

Для запобігання виникнення вказаних проблем замовник повинен чітко визначати в тендерній документації перелік документів, що мають бути подані учасниками на підтвердження кваліфікації, а також, їх форму, зміст та період дії (якщо такий період законодавчо врегульований).

Для підтвердження кваліфікаційного критерію "наявність працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід" замовник має чітко вказувати, які документи повинні надати у складі тендерної пропозиції учасники, зокрема, це може бути лист від учасника у довільній формі з переліком працівників з вищою (відповідно інженерною, економічною чи юридичною - в залежності від предмета закупівлі) освітою. Бажано встановлювати вимогу щодо мінімально необхідної кількості таких працівників (вказати, що вони можуть бути у штаті замовника чи працювати за трудовими або цивільно-правовими угодами).

4. Документи, що не передбачені законодавством для учасників - юридичних, фізичних осіб, у тому числі фізичних осіб - підприємців, не подаються ними у складі тендерної пропозиції та не

вимагаються під час проведення переговорів з учасником (у разі застосування переговорної процедури закупівлі).

Коментар:

Зазначена норма обов'язково має бути викладена в тендерній документації. Крім цього, бажано також включати до документації посилання на порядок подання документів учасниками – не резидентами, оскільки законодавство країн, які вони представляють, відрізняється від українського, а тому окремі документи передбачені законодавством України в їх законодавстві відсутні.

У разі якщо учасником процедури закупівлі є тимчасовий консорціум, утворений відповідно до норм Господарського кодексу України, документальне підтвердження інформації про відповідність кваліфікаційним критеріям може бути надане консорціумом щодо відповідності таким кваліфікаційним критеріям одним з підприємств-учасником консорціуму та консорціум має документальне підтвердження того, що у підприємства-учасника консорціуму виникнуть обов'язки щодо виконання зобов'язань перед консорціумом у разі укладення договору за результатами процедури закупівлі.

Відсутність документів, що не передбачені законодавством для учасників - юридичних, фізичних осіб, у тому числі фізичних осіб - підприємців, у складі тендерної пропозиції не може бути підставою для її відхилення замовником.

Стаття 17. Відмова в участі у процедурі закупівлі

1. Замовник приймає рішення про відмову учаснику в участі у процедурі закупівлі та зобов'язаний відхилити тендерну пропозицію учасника в разі, якщо:

1) він має незаперечні докази того, що учасник пропонує, дає або погоджується дати прямо чи опосередковано будь-якій посадовій особі замовника, іншого державного органу винагороду в будь-якій формі (пропозиція щодо найму на роботу, цінна річ, послуга тощо) з метою вплинути на прийняття рішення щодо визначення переможця процедури закупівлі або застосування замовником певної процедури закупівлі;

2) відомості про юридичну особу, яка є учасником, внесено до Єдиного державного реєстру осіб, які вчинили корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення;

Коментар:

Порядок ведення та формування вказаного реєстру затверджує Національне агентство з питань запобігання корупції. Станом на 1.12.2016 реєстр в частині саме юридичних осіб не функціонує. Тому, до появи даного реєстру, таке підтвердження відповідний суб'єкт господарювання-юридична особа (який став переможцем за результатами процедури закупівлі) може надавати листом у довільній формі.

3) службову (посадову) особу учасника, яку уповноважено учасником представляти його інтереси під час проведення процедури закупівлі, фізичну особу, яка є учасником, було притягнуто згідно із законом до відповідальності за вчинення у сфері закупівель корупційного правопорушення;

Коментар:

Відповідно до частини першої статті 11 Закону України "Про запобігання корупції" до повноважень Національного агентства належать, зокрема, забезпечення ведення Єдиного державного реєстру осіб, які вчинили корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення;

розробка типової антикорупційної програми юридичної особи.

Статтею 59 Закону України "Про запобігання корупції" встановлено, що відомості про осіб, яких притягнуто до кримінальної, адміністративної, дисциплінарної або цивільно-правової відповідальності за вчинення корупційних або пов'язаних з корупцією правопорушень, а також про юридичних осіб, до яких застосовано заходи кримінально-правового характеру у зв'язку з вчиненням корупційного правопорушення, вносяться до Єдиного державного реєстру осіб, які вчинили корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення, що формується та ведеться Національним агентством. Положення про Єдиний державний реєстр осіб, які вчинили корупційні або пов'язані з корупцією правопорушення, порядок його формування та ведення затверджуються Національним агентством.

Поки що повноваження щодо надання відомостей про фізичних осіб з Єдиного державного реєстру осіб, які вчинили корупційні правопорушення, здійснюються Міністерством юстиції України (пункт 3 постанови Кабінету Міністрів України від 25 березня 2015 року № 171).

Електронна адреса реєстру: - <http://corrupt.informjust.ua>.

4) суб'єкт господарювання (учасник) протягом останніх трьох років притягувався до відповідальності за порушення, передбачене пунктом 4 частини другої статті 6, пунктом 1 статті 50 Закону України "Про захист економічної конкуренції", у вигляді вчинення антиконкурентних узгоджених дій, що стосуються спотворення результатів торгів (тендерів);

Коментар:

Звертаємо увагу, що пункт 4 частини другої статті 6 Закону України "Про захист економічної конкуренції" поширюється на узгоджені дії, які стосуються спотворення результатів торгів, аукціонів, конкурсів, тендерів.

Разом з цим, у пункті третьому частини 1 цієї статті Закону маються на увазі суб'єкти господарювання, які протягом останніх трьох років притягувався до відповідальності за відповідні порушення Закону України "Про захист економічної конкуренції" виключно при участі у торгах (тендерах) в межах регулювання Закону.

З 5 червня 2014 року на веб-порталі АМКУ за адресою <http://www.amc.gov.ua> (рубрика «Діяльність в сфері державних/публічних закупівель») розміщено Зведені відомості про рішення органів Комітету щодо визнання вчинення суб'єктами господарювання порушень законодавства про захист економічної конкуренції у вигляді антиконкурентних узгоджених дій, які стосувалися спотворення результатів торгів (тендерів), а також щодо можливого подальшого судового розгляду цих рішень, їх перевірки, перегляду органами АМКУ. До переліку включені рішення прийняті АМКУ з 20.04.2014.

Законодавством не передбачено надання органами АМКУ замовникам або учасникам торгів довідок або інших документів про притягнення чи не притягнення до відповідальності за антиконкурентні узгоджені дії, що стосуються спотворення результатів торгів (тендерів). Рішення про наявність підстав для застосування норми пункту 3 частини першої статті 17 Закону приймає замовник. У той же час, розміщені на веб-порталі АМКУ відомості можуть бути враховані замовниками під час прийняття відповідних власних рішень та учасниками під час участі в процедурах закупівель.

Таким чином, замовнику достатньо вказати в тендерній документації на необхідність подання учасниками довідки (в довільній формі) про не притягнення його до відповідальності за антиконкурентні узгоджені дії, що стосуються спотворення результатів торгів (тендерів).

Відповідно до частини сьомої статті 28 Закону замовник має право звернутися за підтвердженням інформації, наданої учасником, до органів державної влади, підприємств, установ, організацій відповідно до їх компетенції. У разі отримання достовірної інформації про його невідповідність вимогам кваліфікаційних критеріїв, наявності підстав, зазначених у частині першій статті 17 цього Закону, або факту зазначення у тендерній пропозиції будь-якої недостовірної інформації, що є суттєвою при визначенні результатів процедури закупівлі, замовник відхиляє пропозицію такого учасника.

5) фізична особа, яка є учасником, була засуджена за злочин, учинений з корисливих мотивів, судимість з якої не знято або не погашено у встановленому законом порядку;

Коментар:

Ця норма стосується саме фізичних осіб (у тому числі фізичних осіб-підприємців), які беруть участь у процедурі закупівлі.

6) службова (посадова) особа учасника, яка підписала тендерну пропозицію, була засуджена за злочин, вчинений з корисливих мотивів, судимість з якої не знято або не погашено у встановленому законом порядку;

Коментар:

Довідки, що підтверджують не судимість (передбачені пунктами 5 та 6) видає Департамент інформаційних технологій Міністерства внутрішніх справ України та відповідні регіональні підрозділи Національної поліції України.

Вимога щодо надання підтвердження стосується саме особи, які підписала тендерну пропозицію.

7) тендерна пропозиція подана учасником процедури закупівлі, який є пов'язаною особою з іншими учасниками процедури закупівлі та/або з членом (членами) тендерного комітету, уповноваженою особою (особами) замовника;

Коментар:

Поняття пов'язаності за Законом стосується учасників процедури закупівлі та членів тендерних комітетів замовників (і їх родичів), уповноважених осіб. Пов'язаними вони можуть бути як через іншого учасника, так і через особу, яка не бере участі в торгах (в тому числі й замовника).

Поняття «пов'язана особа» стосується відносин, пов'язаних з поданням учасниками торгів тендерних пропозицій.

При цьому, в разі здійснення закупівлі за лотами, по кожному конкретному лоту конкурують між собою саме ті учасники, які подали пропозиції саме на цей лот. Оцінюються замовником також пропозиції тільки тих учасників, які подали пропозиції в межах одного лота. Таким чином, пропозиція учасника, що подається ним щодо кожної окремої частини предмета закупівлі (лота), розглядається замовником фактично як окрема пропозиція, то пов'язаність осіб має визначатись серед учасників, які подають пропозиції по одному лоту.

Водночас, якщо процедура закупівлі здійснюється замовником без поділу предмета закупівлі на його частини (лоти), а учасники торгів є пов'язаними особами та беруть участь в рамках однієї процедури, то замовник має прийняти рішення про відмову в участі у процедурі закупівлі таким учасникам і відхилити їхні тендерні пропозиції.

Основним джерелом інформації для встановлення факту участі у процедурі закупівлі пов'язаних осіб є установчі документи учасників (статут, свідоцтво про реєстрацію).

Замовник також може скористатися інформацією про засновників, керівників учасників на сайтах www.irs.gov.ua та www.smida.gov.ua (база даних Агентства з розвитку фондового ринку щодо акціонерних товариств).

8) учасник визнаний у встановленому законом порядку банкрутом та стосовно нього відкрита ліквідаційна процедура;

Коментар:

Замовник може перевірити відповідність учасника-переможця за вказаною вимогою

самостійно.

Електронна адреса відкритого реєстру: <http://kap.minjust.gov.ua>

9) у Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб - підприємців та громадських формувань відсутня інформація, передбачена пунктом 9 частини другої статті 9 Закону України "Про державну реєстрацію юридичних осіб, фізичних осіб - підприємців та громадських формувань";

Коментар:

Замовник може перевірити відповідність учасника-переможця за вказаною вимогою самостійно. Електронна адреса відкритого реєстру: <http://usr.minjust.gov.ua/ua/freesearch>

Див. також роз'яснення Мінекономрозвитку від 25.11.2016 №3302-06/38247-06.

10) юридична особа, яка є учасником, не має антикорупційної програми чи уповноваженого з реалізації антикорупційної програми, якщо вартість закупівлі товару (товарів), послуги (послуг) або робіт дорівнює чи перевищує 20 мільйонів гривень.

Коментар:

Частиною другою статті 62 Закону України "Про запобігання корупції" встановлено, що в обов'язковому порядку антикорупційна програма затверджується керівниками:

1) державних, комунальних підприємств, господарських товариств (у яких державна або комунальна частка перевищує 50 відсотків), де середньооблікова чисельність працюючих за звітний (фінансовий) рік перевищує п'ятдесят осіб, а обсяг валового доходу від реалізації продукції (робіт, послуг) за цей період перевищує сімдесят мільйонів гривень;

2) юридичних осіб, які є учасниками попередньої кваліфікації, учасниками процедури закупівлі відповідно до Закону України "Про здійснення державних закупівель", якщо вартість закупівлі товару (товарів), послуги (послуг), робіт дорівнює або перевищує 20 мільйонів гривень.

У тендерній документації доцільно встановлювати такий спосіб документального підтвердження вказаної вимоги:

інформація щодо наявності антикорупційної програми та уповноваженого з антикорупційної програми юридичної особи у випадку, коли вони є обов'язковими відповідно до закону, із наданням копії антикорупційної програми юридичної особи та копії наказу про призначення уповноваженого з антикорупційної програми юридичної особи, або інформація про відсутність антикорупційної програми та уповноваженого з антикорупційної програми юридичної особи у випадку, коли вони не є обов'язковими відповідно до закону.

Відповідно до частини сьомої статті 28 Закону замовник має право звернутися за підтвердженням інформації, наданої учасником, до органів державної влади, підприємств, установ, організацій відповідно до їх компетенції. У разі отримання достовірної інформації про його невідповідність вимогам кваліфікаційних критеріїв, наявності підстав, зазначених у частині першій статті 17 цього Закону, або факту зазначення у тендерній пропозиції будь-якої недостовірної інформації, що є суттєвою при визначенні результатів процедури закупівлі, замовник відхиляє тендерну пропозицію такого учасника.

2. Замовник може прийняти рішення про відмову учаснику в участі у процедурі закупівлі та може відхилити тендерну пропозицію учасника у разі, якщо учасник має заборгованість із сплати податків і зборів (обов'язкових платежів).

Коментар:

Довідки, що підтверджують відсутність заборгованості із сплати податків і зборів (обов'язкових платежів) видаються податковою службою і мають юридичну силу 10 днів з дня видання.

Строк видачі довідки становить 5 робочих днів від дня отримання відповідної заяви податковим органом.

З урахуванням цих строків учасники (які за результатами процедури закупівлі визнані переможцями) мають своєчасно замовляти вказану довідку. Зі свого боку замовники повинні враховувати ці строки при формуванні вимог тендерної документації.

Важливо розуміти, що вимога до учасників про надання ними інформації про наявність або відсутність заборгованості із сплати податків і зборів висувається у всіх випадках, проте рішення відмовляти чи не відмовляти в участі у торгах учаснику з заборгованістю замовник приймає самостійно на власний розсуд у кожному конкретному випадку.

3. Замовник у тендерній документації зазначає, що інформація про відсутність підстав, визначених у частинах першій і другій цієї статті, надається в довільній формі. Спосіб документального підтвердження згідно із законодавством відсутності підстав, передбачених пунктами 2, 3, 5, 6 і 8 частини першої та частиною другою цієї статті, визначається замовником для надання таких документів лише переможцем процедури закупівлі. Замовник не вимагає документального підтвердження інформації, що міститься у відкритих єдиних державних реєстрах, доступ до яких є вільним.

Переможець торгів у строк, що не перевищує п'яти днів з дати оприлюднення на веб-порталі Уповноваженого органу повідомлення про намір укласти договір, повинен надати замовнику документи, що підтверджують відсутність підстав, визначених пунктами 2, 3, 5, 6 і 8 частини першої цієї статті.

Замовник не вимагає від учасників документів, що підтверджують відсутність підстав, визначених пунктами 1 і 7 частини першої цієї статті.

Уповноважений орган щороку до 20 січня та додатково в разі потреби оприлюднює інформацію про перелік відкритих єдиних державних реєстрів, доступ до яких є вільним, на веб-порталі Уповноваженого органу.

Коментар

Закон передбачає так звану «посткваліфікацію» учасників, що полягає у декларуванні ними на етапі подання пропозицій відсутності підстав для відхилення їх пропозицій через наявність підстав, передбачених статтею 17 Закону. Підтвердні документи надає лише переможець торгів.

При цьому, важливим моментом є те, що замовник не вимагає від учасника документи та інформацію, що підтверджують відсутність підстав, визначених пунктами 1 і 7 частини першої цієї статті, а також інформацію, що міститься у відкритих єдиних державних реєстрах, доступ до яких є вільним, оскільки замовник повинен самостійно перевіряти таку інформацію.

Фактично, станом на грудень 2016 року переможці повинні подавати документальне підтвердження відсутності підстав, передбачених пунктами 2, 5, 6 частини 1 та частиною 2 статті 17 Закону.

Важливим для переможців є дотримання строків надання документів, що підтверджують відсутність підстав. Згідно абзацу другого частини 3 цієї статті цей строк, не повинен перевищувати п'яти днів з дати оприлюднення на веб-порталі Уповноваженого органу повідомлення про намір укласти договір.

Відповідно до статті 253 Цивільного кодексу України, перебіг строку починається з наступного дня після відповідної календарної дати або настання події, з якою пов'язано його початок. Згідно статті 254 ЦКУ якщо останній день строку припадає на вихідний, святковий або інший неробочий день, то днем закінчення строку є перший за ним робочий день.

Наприклад: повідомлення про намір укласти договір оприлюднене на веб-порталі www.prozorro.gov.ua 03.10.2016. З 04.10.2016 для переможця розпочався відлік строку для подання підтвердних документів. Зважаючи на норми статті 254 ЦКУ (8 та 9 жовтня є вихідними днями) останнім днем коли переможець може подати документи є 10.10.2016.

Стаття 18. Порядок оскарження процедур закупівлі

1. Скарга до органу оскарження подається суб'єктом оскарження у формі електронного документа через електронну систему закупівель. Після розміщення скарги суб'єктом оскарження в електронній системі закупівель скарга автоматично вноситься до реєстру скарг і формується її реєстраційна картка. Скарга разом з реєстраційною карткою в день розміщення суб'єктом оскарження автоматично оприлюднюється на веб-порталі Уповноваженого органу.

Коментар:

На відміну від попереднього законодавства Закон передбачає подання скарг виключно у формі електронного документа через електронну систему закупівель (а не безпосередньо до АМКУ), тобто, через авторизовані електронні майданчики із реєстрацією в базі даних веб-порталу Уповноваженого органу. Скарги реєструються системою та автоматично оприлюднюються на веб-порталі www.prozorro.gov.ua.

Реєстраційна картка скарги повинна містити таку інформацію:

дата та час подання скарги суб'єктом оскарження в електронній системі закупівель;

номер скарги, присвоєний в електронній системі закупівель під час її подання;

номер оголошення про проведення процедури закупівлі, що оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу.

Скарга повинна містити таку інформацію:

найменування замовника рішення, дії або бездіяльність якого оскаржуються;

ім'я (найменування), місце проживання (місцезнаходження) суб'єкта оскарження;

підстави подання скарги, посилання на порушення процедури закупівлі або прийняті рішення, дії або бездіяльність замовника, фактичні обставини, що це можуть підтверджувати;

обґрунтування наявності порушених прав та охоронюваних законом інтересів з приводу рішення, дії чи бездіяльності замовника, що суперечать законодавству у сфері публічних закупівель і внаслідок яких порушено право чи законні інтереси такої особи;

вимоги суб'єкта оскарження та їх обґрунтування.

До скарги додаються документи та матеріали в електронній формі (у тому числі у вигляді pdf формату файла), що підтверджують порушення процедури закупівлі або неправомірність рішень, дій або бездіяльності замовника, та документ про здійснення оплати за подання скарги до органу оскарження.

Відразу після внесення до реєстру скарг скарга з супровідними документами та її реєстраційна картка автоматично надсилаються органу оскарження та замовнику.

Коментар:

Згідно пункту 27 частини першої статті 1 Закону суб'єкт оскарження в органі оскарження - фізична чи юридична особа, яка звернулася до органу оскарження з метою захисту своїх прав та охоронюваних законом інтересів з приводу рішення, дії чи бездіяльності замовника, що суперечать законодавству у сфері закупівель і внаслідок яких порушено право чи законні інтереси такої особи .

Тобто, у розумінні Закону оскарження процедур закупівель можливе у випадках, коли суб'єкт оскарження вбачає порушення своїх прав чи законних інтересів в рішеннях, діях чи бездіяльності замовника, які суперечать законодавству у сфері закупівель.

Відповідно до абзацу першого частини третьої статті 8 Закону АМКУ як орган оскарження з метою неупередженого та ефективного захисту прав та законних інтересів осіб, пов'язаних з участю у процедурах закупівлі, створює постійно діючу адміністративну колегію з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері закупівель.

За подання скарги до органу оскарження справляється плата. Розмір плати визначається Кабінетом Міністрів України.

Коментар:

Разом із скаргою має бути подана копія документа про здійснення оплати державного мита за подання скарги.

Розмір плати визначено постановою Кабінету Міністрів України від 23 березня 2016 року № 291 „Про встановлення розміру плати за подання скарги “.

За подання скарги справляється плата у розмірі 5 тис. гривень - у разі оскарження процедури закупівлі товарів або послуг та 15 тис. гривень - робіт.

Зарахування коштів за подання скарги здійснюється на відповідні рахунки, відкриті в органах ДКСУ, для зарахування надходжень за кодом класифікації доходів бюджету 24061800 за місцем знаходження платника податків.

При поданні скарги до органу оскарження, разом із платіжним дорученням, суб'єкту оскарження необхідно надати документальне підтвердження зарахування коштів за подання скарги до Державного бюджету України.

Таким підтвердженням може бути:

– лист ДКСУ (або ДФСУ) з підтвердженням зарахування коштів до Державного бюджету України з посиланням на відповідне платіжне доручення суб'єкта оскарження, за яким справлялась плата за подання скарги, або завірена належним чином відмітка зазначених вище установ на платіжному дорученні про відповідне зарахування коштів;

– відмітка кредитної установи на примірнику платіжного доручення, який подається разом із скаргою до органу оскарження, такого змісту "Зараховано в дохід бюджету ___ грн. (дата)". Цей напис скріплюється першим і другим підписами посадових осіб і відтиском печатки кредитної установи з відміткою дати виконання платіжного доручення.

Зазначені документи у PDF форматі разом зі скаргою подаються суб'єктом оскарження до органу оскарження через електронну систему закупівель.

У платіжному дорученні в призначенні платежу необхідно вказувати:

- за подання скарги відповідно до статті 18 Закону України "Про публічні закупівлі". Без ПДВ.

2. Скарги, що стосуються тендерної документації та/або прийнятих рішень, дії чи бездіяльності замовника, що відбулися до закінчення строку, встановленого для подання тендерних пропозицій, можуть подаватися до органу оскарження з моменту оприлюднення оголошення про проведення торгів, але не пізніше ніж за чотири дні до дати, встановленої для подання тендерних пропозицій.

Скарги, що стосуються прийнятих рішень, дії чи бездіяльності замовника, які відбулися після оцінки пропозицій учасників, подаються протягом 10 днів з дня оприлюднення на веб-порталі

Уповноваженого органу повідомлення про намір укласти договір, але до дня укладення договору про закупівлю.

Скарги, що стосуються прийнятих рішень, дій чи бездіяльності замовника, які відбулися після розгляду тендерних пропозицій на відповідність технічним вимогам, визначеним у тендерній документації, та визначення відповідності учасників кваліфікаційним критеріям, подаються протягом п'яти днів з дня оприлюднення на веб-порталі Уповноваженого органу протоколу розгляду тендерних пропозицій.

Якщо до тендерної документації замовником вносилися зміни після закінчення строку, встановленого для подання тендерних пропозицій в оголошенні про їх проведення, не підлягають оскарженню положення тендерної документації, до яких зміни не вносилися.

Якщо до органу оскарження було подано скаргу (скарги) щодо оскарження положень тендерної документації, за результатами якої (яких) органом оскарження було прийнято одне чи кілька рішень по суті, після закінчення строку, встановленого для подання тендерних пропозицій в оголошенні про їх проведення, не підлягають оскарженню ті положення тендерної документації, щодо яких скаргу (скарги) до закінчення цього строку суб'єктами не було подано.

Після закінчення строку, встановленого для подання тендерних пропозицій в оголошенні про їх проведення, скарги можуть подаватися лише щодо змін до тендерної документації, внесених замовником.

У разі порушення строків, визначених в абзацах першому - третьому цієї частини, скарги автоматично не приймаються системою електронних закупівель.

Скарги щодо укладених договорів про закупівлю розглядаються в судовому порядку.

3. Орган оскарження у строк, що не перевищує трьох робочих днів з дня внесення скарги до реєстру скарг, повинен розмістити в системі електронних закупівель рішення про прийняття скарги до розгляду із зазначенням дати, часу і місця розгляду скарги або обґрунтоване рішення про залишення скарги без розгляду, або рішення про припинення розгляду скарги. Система електронних закупівель автоматично оприлюднює прийняті органом оскарження рішення на веб-порталі Уповноваженого органу та розсилає повідомлення суб'єкту оскарження та замовнику.

4. Орган оскарження залишає скаргу без розгляду в разі, якщо:

суб'єкт оскарження подає скаргу щодо того самого порушення, у тій самій процедурі закупівлі та з тих самих підстав, що вже були предметом розгляду органу оскарження і щодо яких органом оскарження було прийнято відповідне рішення;

скарга не відповідає вимогам частини першої або другої цієї статті;

суб'єктом оскарження не внесено плату, передбачену частиною першою цієї статті;

замовником відповідно до цього Закону усунуто порушення, зазначені в скарзі.

5. Орган оскарження приймає рішення про припинення розгляду скарги в разі, якщо:

обставини, зазначені в абзацах другому - п'ятому частини четвертої цієї статті, установлені органом оскарження після прийняття скарги до розгляду;

скаргу відкликано суб'єктом оскарження;

замовником прийнято рішення про відміну торгів чи визнання їх такими, що не відбулися, відміну переговорної процедури, крім випадку оскарження будь-якого з цих рішень.

6. Датою початку розгляду скарги є дата оприлюднення реєстраційної картки скарги в електронній системі закупівель.

Строк розгляду скарги органом оскарження становить 15 робочих днів з дати початку розгляду скарги.

Суб'єкт оскарження, замовник мають право взяти участь у розгляді скарги, у тому числі шляхом застосування телекомунікаційних систем в інтерактивному режимі реального часу. Розгляд скарги є відкритим, усі бажаючі можуть бути присутніми на розгляді. Особи, присутні на розгляді, можуть використовувати засоби фото-, відео- та звукозапису. Рішення, прийняте органом оскарження, проголошується прилюдно.

Коментар

Помітною новацією у порівнянні з попереднім законом є скорочення вдвічі строку розгляду скарг, який зараз становить всього 15 робочих днів (раніше – 30 робочих днів).

7. У разі прийняття скарги до розгляду електронна система закупівель автоматично призупиняє початок електронного аукціону та не оприлюднює договір про закупівлю і звіт про результати проведення процедури закупівлі.

Коментар

Тобто, фактично, призупинення процедури закупівлі відбувається системою автоматично у разі схвалення та оприлюднення АМКУ рішення про прийняття скарги до розгляду.

Замовнику забороняється вчиняти будь-які дії та приймати будь-які рішення щодо закупівлі, у тому числі укладення договору про закупівлю, крім дій, спрямованих на усунення порушень, зазначених у скарзі.

У разі усунення замовником порушень, зазначених у скарзі, замовник протягом одного робочого дня з моменту усунення порушення повинен повідомити про це орган оскарження та розмістити в електронній системі підтвердження.

У будь-якому разі укладення договору про закупівлю під час оскарження забороняється.

8. Розгляд скарги зупиняє перебіг строків, установлених частиною другою статті 32, абзацом восьмим частини третьої статті 35 цього Закону.

Перебіг цих строків продовжується з дня, наступного за днем прийняття рішення органом оскарження за результатами розгляду скарги, рішення про припинення розгляду скарги або рішення про залишення скарги без розгляду.

Після прийняття рішення органом оскарження за результатами розгляду скарги про відмову в задоволенні скарги рішення про припинення розгляду скарги або рішення про залишення скарги без розгляду електронна система закупівель автоматично, не раніше ніж через два дні з дня розміщення такого рішення в електронній системі закупівель, визначає дату та час проведення електронного аукціону та розсилає повідомлення усім особам, які подали тендерні пропозиції.

Коментар:

Закон передбачає, що система автоматично призупиняє процедуру закупівлі у разі прийняття скарги до розгляду. Зокрема, відповідно до частини 7 цієї статті у разі прийняття скарги до розгляду електронна система закупівель автоматично призупиняє початок електронного аукціону та не оприлюднює договір про закупівлю і звіт про результати проведення процедури закупівлі.

Разом з цим, Законом надано АМКУ 3 робочих дні для прийняття рішення про розгляд скарги чи залишення її без розгляду. Система електронних закупівель автоматично оприлюднює прийняті органом оскарження рішення на веб-порталі Уповноваженого органу та розсилає повідомлення суб'єкту оскарження та замовнику.

9. За результатами розгляду скарги орган оскарження має право:

прийняти рішення про встановлення або відсутність порушень процедури закупівлі (у тому числі порушення порядку оприлюднення або неоприлюднення інформації про закупівлі, передбаченої цим Законом) та про заходи, що повинні вживатися для їх усунення, зокрема зобов'язати замовника повністю або частково скасувати свої рішення, надати необхідні документи, роз'яснення, усунути будь-які дискримінаційні умови (у тому числі ті, що зазначені в технічній специфікації, яка є складовою частиною тендерної документації), привести тендерну документацію у відповідність із вимогами законодавства, або за неможливості виправити допущені порушення відмінити процедуру закупівлі.

10. Орган оскарження розглядає скаргу та приймає рішення на її підставі в межах одержаної за скаргою інформації та інформації, розміщеної в електронній системі закупівель. Рішення за результатами розгляду скарг приймаються органом оскарження виключно на його засіданнях.

Орган оскарження має право залучати для отримання консультацій та експертних висновків представників державних органів (за погодженням з керівниками державних органів), експертів і спеціалістів, які не можуть бути пов'язаними особами та володіють спеціальними знаннями, необхідними для професійного та неупередженого розгляду скарги. Суб'єкт оскарження та замовник можуть надавати висновки експертів і спеціалістів, які володіють спеціальними знаннями. Висновки таких представників державних органів, експертів та спеціалістів оприлюднюються в електронній системі закупівель та долучаються до матеріалів справи про розгляд скарги.

11. Орган оскарження за результатами розгляду скарги приймає обґрунтоване рішення, у якому зазначаються:

висновок органу оскарження про наявність або відсутність порушення процедури закупівлі;

висновок органу оскарження про задоволення скарги повністю чи частково або про відмову в її задоволенні;

підстави та обґрунтування прийняття рішення;

у разі якщо скаргу задоволено повністю або частково - зобов'язання усунення замовником порушення процедури закупівлі та/або відновлення процедури закупівлі з моменту попереднього законного рішення чи правомірної дії замовника.

Рішення органу оскарження містить таку інформацію:

найменування органу оскарження;

короткий зміст скарги;

мотивувальну частину рішення;

резолютивну частину рішення;

строк оскарження рішення.

Протягом одного робочого дня після прийняття рішення за результатами розгляду скарги орган оскарження в електронній системі закупівель надає інформацію про резолютивну частину рішення та протягом трьох робочих днів з дня його прийняття розміщує рішення в електронній системі закупівель. Рішення за результатами розгляду скарги відразу після розміщення в електронній системі автоматично оприлюднюється на веб-порталі Уповноваженого органу і надсилається суб'єкту оскарження та замовнику.

12. Рішення органу оскарження набирають чинності з дня їх прийняття та є обов'язковими для виконання замовниками, особами, яких вони стосуються.

Рішення органу оскарження може бути оскаржене суб'єктом оскарження, замовником у судовому порядку протягом 30 днів з дня його оприлюднення в електронній системі закупівель.

Загальний Коментар (щодо процедури розгляду скарги)

Скарга, яка надійшла до органу оскарження, аналізується на предмет дотримання вимог статті 18 Закону щодо подання скарги до органу оскарження, а саме:

а) дотримання строків подання скарги;

У першу чергу, це стосується підтвердження Скаржником інформації щодо дати, коли йому стало відомо про порушення його прав та законних інтересів.

б) наявність підтвердження щодо внесення плати за подання скарги до органу оскарження.

У разі дотримання двох зазначених вимог, Колегія приймає рішення щодо прийняття скарги до розгляду, а загальний строк розгляду і винесення рішення по суті скарги складає 15 робочих днів.

В рішенні зазначаються:

- вимоги суб'єкта оскарження;

- інформація про призупинення Процедури закупівлі (у разі прийняття такого рішення);

- повідомлення про дату, час і місце розгляду скарги.

У разі зміни дати та часу розгляду скарги суб'єкт оскарження та замовник додатково повідомляються про нові дату та час розгляду скарги.

Відповідно до частини третьої цієї статті орган оскарження протягом трьох робочих днів з дня внесення скарги до реєстру скарг, повинен розмістити в системі електронних закупівель рішення про прийняття скарги до розгляду. Система електронних закупівель автоматично оприлюднює прийняті органом оскарження рішення на веб-порталі Уповноваженого органу та розсилає повідомлення суб'єкту оскарження та замовнику.

Орган оскарження під час розгляду скарги здійснює розгляд тендерних пропозицій всіх учасників процедури закупівлі і дає оцінку всім діям замовника під час проведення ним процедури закупівлі, навіть у випадку відсутності таких вимог у скарзі з боку суб'єкта оскарження з метою захисту прав та законних інтересів суб'єктів оскарження, зокрема, на недискримінаційний підхід під час розгляду замовником їх тендерних пропозицій.

Такий підхід, на думку органу оскарження забезпечує можливість встановлення Колегією дотримання замовниками принципів здійснення закупівель, визначених статтею 3 Закону.

Таким чином, орган оскарження приймає рішення про зобов'язання замовників відмінити процедуру закупівлі лише у разі виявлення під час розгляду скарги порушень вимог закону та неможливості усунення замовником таких порушень. Тобто, при розгляді скарг у випадку, визначеному вище, орган оскарження виходить із основного принципу публічних закупівель – недискримінації учасників, який полягає саме в забезпеченні рівного підходу до всіх учасників процедури закупівлі.

І, отже, якщо під час розгляду скарги органом оскарження буде встановлено, що суб'єкт оскарження був правомірно відхилений, тобто, буде доведений факт, що скаргник не мав правових підстав на перемогу в процедурі, то з метою забезпечення рівного підходу до всіх учасників процедури закупівлі (тобто принципу недискримінації), орган оскарження здійснює аналіз тендерних пропозицій і інших учасників відповідної процедури. Якщо органом оскарження буде встановлено, що замовник правомірно відхиливши суб'єкта оскарження, при цьому допустив до оцінки інших учасників, і у тендерних пропозиціях цих учасників також були порушення, які свідчать про неправомірне їх допущення до оцінки, орган оскарження вбачає тут порушення принципу недискримінації учасників і це приймається до уваги під час прийняття рішення.

В таких випадках, орган оскарження при прийнятті рішення виходить із конкретної ситуації, що склалася при проведенні процедури закупівлі і в кожному конкретному випадку співставляє прийняте рішення з фактичним порушенням, що мало місце в цій процедурі закупівлі.

Наприклад, тендерні пропозиції, крім скаргника, подали також ще 4 учасника. Якщо після встановлення факту правомірного відхилення скаргника орган оскарження проаналізує тендерні пропозиції інших учасників і дійде висновку, що один із трьох учасників був неправомірно допущений до оцінки, а два інших – правомірно, то досить спірним у такому випадку може бути рішення органу оскарження щодо відміни процедури закупівлі.

У цій ситуації обґрунтованим вбачається рішення, за яким орган оскарження зобов'яже замовника відхилити пропозицію і другого учасника, яку замовник допустив до оцінки, а пропозиції двох інших допустити до оцінки. Лише в цьому випадку можна говорити про співмірність прийнятого рішення з виявленим порушенням, оскільки таке рішення усуне порушення принципу недискримінації учасників і дасть можливість двом учасникам, які подали свої пропозиції у відповідності до документації та Закону позмагатися та присудження перемоги.

З огляду на аналіз існуючої закупівельної практики можна виділити наступні основні помилки та порушення замовників під час проведення процедур публічних закупівель, які в багатьох випадках призводять до оскаржень їх дій та, як наслідок, до відміни процедур:

- встановлення необґрунтованих кваліфікаційних вимог;
- недостатньо зважений підхід при встановленні критеріїв оцінки тендерних пропозицій (встановлення додаткових критеріїв для предметів закупівлі, які не мають складного чи специфічного характеру), визначення необґрунтованої ваги окремих критеріїв;
- необґрунтоване ускладнення та завищення технічних вимог;
- некоректне визначення технічних специфікацій, посилання на конкретну торгову марку

(без зазначення можливості поставки аналогічної продукції інших виробників);

- порушення встановлених законодавством процедурних строків здійснення закупівель (наприклад строків оцінки і порівняння, тощо).

Стаття 19. Звіт про результати проведення процедури закупівлі

1. У звіті про результати проведення процедури закупівлі обов'язково зазначаються:

найменування предмета закупівлі;

кількість учасників процедури закупівлі та найменування і місцезнаходження учасника, з яким укладено договір про закупівлю;

ціни пропозицій учасників тендеру (ціна пропозиції на переговорах у разі застосування переговорної процедури закупівлі) та сума, визначена в договорі про закупівлю;

дата оприлюднення оголошення з відомостями про укладену рамкову угоду, за якою укладено договір про закупівлю (у разі проведення закупівлі за рамковими угодами), розміщеного на веб-порталі Уповноваженого органу відповідно до статті 10 цього Закону;

дата оприлюднення повідомлення про намір укласти договір, розміщеного на веб-порталі Уповноваженого органу відповідно до статті 10 цього Закону;

дата оприлюднення оголошення про проведення процедури закупівлі на веб-порталі Уповноваженого органу відповідно до статті 10 цього Закону;

у разі якщо в результаті проведення торгів не було укладено договір про закупівлю - підстави прийняття рішення про неукладення договору про закупівлю;

дата укладення договору про закупівлю;

зведена інформація про наявність і відповідність установленим законодавством вимогам документів, що підтверджують відповідність учасників кваліфікаційним критеріям відповідно до статті 16 цього Закону, та наявність/відсутність обставин, установлених статтею 17 цього Закону;

у разі закупівлі робіт або послуг - повне найменування та місцезнаходження кожного юридичного суб'єкта господарювання, якого учасник, з яким укладено договір про закупівлю, буде залучати до виконання робіт як субпідрядника в обсязі не менше ніж 20 відсотків вартості договору про закупівлю, якщо про це зазначено в договорі про закупівлю.

2. Звіт про результати проведення процедури закупівлі автоматично формується електронною системою закупівель та оприлюднюється протягом одного дня після оприлюднення замовником договору про закупівлю на веб-порталі Уповноваженого органу.

Коментар:

Звіт про результати проведення процедури закупівлі автоматично формується та оприлюднюється електронною системою закупівель. У разі, якщо замовник здійснює допорогові закупівлі (від 50 до 200 тисяч гривень для товарів, послуг, до 1,5 млн.гривень – для робіт) та не проводить електронні торги, цей замовник повинен оприлюднити звіт про укладений за цим

предметом закупівлі договір в системі Prozorro. Строк для оприлюднення зазначеного звіту становить 1 календарний день з дня укладення такого договору.

Наказом Мінекономрозвитку від 22.03.2016 № 490 передбачено, що в формі звіту, всі поля заповнюються системою автоматично на основі попередньо оприлюдненої інформації по певній процедурі закупівлі.

Розділ IV
ПРОЦЕДУРА ВІДКРИТИХ ТОРГІВ

Стаття 20. Умови застосування процедури відкритих торгів

1. Відкриті торги є основною процедурою закупівлі.
2. Під час проведення процедури відкритих торгів тендерні пропозиції мають право подавати всі зацікавлені особи. Для проведення процедури закупівлі має бути подано не менше двох пропозицій.

Коментар:

Процедура відкритих торгів – це найбільш прозора та основна процедура, що дозволяє брати участь у торгах будь-якому суб'єкту господарювання. Використовуючи цю процедуру замовник демонструє заохочення конкуренції.

Основними етапами процедури відкритих торгів є наступні:

- подання оголошення на веб-портал Уповноваженого органу;
- подання тендерних пропозицій - не менш ніж через 15 календарних днів з дня оприлюднення оголошення (; у разі якщо оголошення про проведення процедури закупівлі оприлюднюється відповідно до норм частини четвертої статті 10 цього Закону, строк для подання тендерних пропозицій та розкриття не може бути менше ніж 30 днів з дня його оприлюднення (строк визначається замовником);
- розкриття пропозицій з одночасним оприлюдненням відповідного протоколу розкриття (автоматично в день розкриття пропозицій);
- проведення електронного аукціону та визначення найкращої пропозиції (до чи після розкриття пропозицій в залежності від того чи вартість закупівлі вища або нижча порогів, зазначених у частині четвертій статті 10 Закону);
- розгляд пропозицій (протягом 5-20 робочих днів з дня розкриття тендерних пропозицій) і оприлюднення відповідного протоколу розгляду (протягом 1 дня з дня його затвердження) та окремо інформації про відхилення пропозиції, якщо таке мало місце (протягом одного дня з дня прийняття рішення про відхилення);
- прийняття рішення про намір укласти договір про закупівлю – в день визначення переможця);
- оприлюднення рішення про намір укласти договір про закупівлю (протягом 1 дня з дня прийняття рішення);
- укладання договору у строки, визначені Законом (стаття 32), та його оприлюднення (протягом двох днів з дня його укладання);
- автоматичне складання системою звіту про результати закупівлі та його оприлюднення (протягом одного дня після оприлюднення замовником договору про закупівлю на веб-порталі Уповноваженого органу);
- складання повідомлення про внесення змін до договору у випадках, передбачених частиною четвертою статті 36 Закону, та його оприлюднення протягом трьох днів з дня внесення таких змін до договору;
- складання звіту про виконання договору та його оприлюднення - протягом трьох днів з дня закінчення строку дії договору, виконання договору або його розірвання.

Стаття 21. Інформування про проведення процедури відкритих торгів

1. Оголошення про проведення процедури відкритих торгів безоплатно оприлюднюється на веб-порталі Уповноваженого органу відповідно до статті 10 цього Закону.

Коментар:

Форма оголошення затверджена наказом Мінекономрозвитку від 22.03.2016 №490.

2. В оголошенні про проведення процедури відкритих торгів обов'язково зазначаються:

найменування та місцезнаходження замовника;

назва предмета закупівлі;

Коментар:

Найменування предмета закупівлі вказується відповідно до ЄЗС (для товарів, послуг) або ДСТУ Б.Д.1.1-1:2013 (для - робіт). У разі потреби додатково може бути зазначена більш конкретна назва предмета закупівлі. Це стосується, перш за все, спеціалізованих, «не стандартних» послуг, назва яких потім зазначається в умовах договору та всіх звітних документах.

кількість та місце поставки товарів або обсяг і місце виконання робіт чи надання послуг;

очікувана вартість закупівлі товарів, робіт або послуг із зазначенням інформації про включення до очікуваної вартості податку на додану вартість (ПДВ) та інших податків і зборів;

строк поставки товарів, виконання робіт, надання послуг;

кінцевий строк подання тендерних пропозицій;

розмір, вид та умови надання забезпечення тендерних пропозицій (якщо замовник вимагає його надати);

дата та час розкриття тендерних пропозицій, у разі якщо оголошення про проведення процедури закупівлі оприлюднюється відповідно до положень частини четвертої статті 10 цього Закону;

Коментар:

Дата та час розкриття тендерних пропозицій вказується замовником в оголошенні виключно щодо закупівель, що перевищують межі, встановлені в частині четвертій статті 10 цього Закону:

для товарів і послуг - 133 тисячі євро; для робіт - 5150 тисячі євро.

Для інших закупівель дата і час розкриття тендерних пропозицій визначаються електронною системою закупівель автоматично.

розмір мінімального кроку пониження ціни під час електронного аукціону у відсотках або грошових одиницях та математична формула, що буде застосовуватися при проведенні електронного аукціону для визначення показників інших критеріїв оцінки.

В оголошенні може зазначатися додаткова інформація, визначена замовником.

Дата і час розкриття тендерних пропозицій, крім випадку, встановленого в абзаці десятому цієї частини, та дата і час проведення електронного аукціону визначаються електронною системою закупівель автоматично в день оприлюднення замовником оголошення на веб-порталі Уповноваженого органу.

3. Строк для подання тендерних пропозицій не може бути менше ніж 15 днів з дня оприлюднення оголошення про проведення процедури відкритих торгів на веб-порталі Уповноваженого органу.

У разі якщо оголошення про проведення процедури закупівлі оприлюднюється відповідно до норм частини четвертої статті 10 цього Закону, строк для подання тендерних пропозицій не може бути менше ніж 30 днів з дня його оприлюднення.

Коментар:

Відлік строку розпочинається з наступного дня після фактичного оприлюднення оголошення про проведення процедури торгів на веб-порталі Уповноваженого органу.

Стаття 22. Тендерна документація

1. Тендерна документація безоплатно оприлюднюється замовником на веб-порталі Уповноваженого органу для загального доступу.

2. Тендерна документація повинна містити:

1) інструкцію з підготовки тендерних пропозицій;

2) один або декілька кваліфікаційних критеріїв до учасників відповідно до статті 16, вимоги, встановлені статтю 17 цього Закону, та інформацію про спосіб підтвердження відповідності учасників установленим критеріям і вимогам згідно із законодавством. Замовник не вимагає документального підтвердження інформації про відповідність вимогам статті 17 у разі, якщо така інформація міститься у відкритих єдиних державних реєстрах, доступ до яких є вільним;

Коментар:

Це положення введено з метою спрощення участі бізнесу у процедурах закупівлі. Передбачено, що не потрібно вимагати документального підтвердження у разі, якщо відповідна інформація є у відкритих єдиних державних реєстрах, доступ до яких є вільним.

Див. також коментарі до статей 16 та 17 Закону.

3) інформацію про необхідні технічні, якісні та кількісні характеристики предмета закупівлі, у тому числі відповідну технічну специфікацію (у разі потреби - плани, креслення, малюнки чи опис предмета закупівлі). При цьому технічна специфікація повинна містити: детальний опис товарів, робіт, послуг, що закуповуються, у тому числі їх технічні та якісні характеристики; вимоги щодо технічних і функціональних характеристик предмета закупівлі у разі, якщо опис скласти неможливо або якщо доцільніше зазначити такі показники; посилання на стандартні характеристики, вимоги, умовні позначення та термінологію, пов'язану з товарами, роботами чи послугами, що закуповуються, передбачені існуючими міжнародними або національними стандартами, нормами та правилами. Технічна специфікація не повинна містити посилання на конкретну торговельну марку чи фірму, патент, конструкцію або тип предмета закупівлі,

джерело його походження або виробника. У разі якщо таке посилання є необхідним, воно повинно бути обґрунтованим, а специфікація повинна містити вираз "або еквівалент". Технічні, якісні характеристики предмета закупівлі повинні передбачати необхідність застосування заходів із захисту довкілля;

Коментар

При підготовці вимог до предмета закупівлі, в першу чергу, бажано уникати практики зазначення торговельної марки чи фірми. Особливо коли це стосується простих, не специфічних товарів. В переважній більшості випадків є достатнім якісно та повно сформулювати вимоги щодо технічних і функціональних характеристик предмета закупівлі для того, щоб учасники змогли запропонувати необхідну замовнику продукцію. У будь-якому випадку, у разі використання такого посилання у назві предмета закупівлі та технічних вимогах, обов'язковим є використання виразу "або еквівалент".

Водночас, звертаємо увагу, що показники, які характеризують певні параметри, зокрема фізичні та хімічні властивості товару не вважаються торговельними марками. Наприклад, це стосується марок, що характеризують властивості і склад вугілля або марки бензину, що вказують на мінімальне значення октанового числа.

Досить поширеною є ситуація коли замовники в тендерній документації не зазначають жодних вимог щодо необхідності застосування заходів із захисту довкілля. Хоча крім чисто формальної вимоги, яка має стосуватися будь-якої закупівлі, є предмети закупівлі при придбанні яких встановлення екологічних вимог є необхідним.

Насамперед це стосується будівельних робіт, при проектуванні та виконанні яких потрібно передбачати необхідні заходи для мінімізації негативного впливу на навколишнє середовище, недопущення забруднення повітря й води, ерозії ґрунту, знищення рослинного покриву, диких тварин.

При проведенні процедур, замовник може застосовувати вимоги екологічних критеріїв для їх встановлення в тендерній документації на підставі Закону України «Про Основні засади (стратегію) державної екологічної політики України на період до 2020 року» та відповідних стандартів, у тому числі санітарних (наприклад, рівень пильності вугілля тощо).

Важливим моментом є спосіб документального підтвердження застосування заходів із захисту довкілля. Крім встановлення можливості власного зобов'язання учасника дотримання вказаної вимоги в довільній формі, можуть бути подані документи інших організацій та установ.

Виходячи з рішення АМКУ від 27.08.2012 № 866-р/пк-ск такими документами можуть бути:

- оригінал або нотаріально завірена копія Висновку державної санітарно-епідеміологічної експертизи на Товар, виданої Міністерством охорони здоров'я України.

- копії екологічних сертифікатів якості ISO 14001:2004, завірені мокрою печаткою виробника Товару або печаткою офіційного представника виробника в Україні. Сертифікати повинні бути дійсними станом на дату розкриття тендерних пропозицій;

- будь-який інший документ, який, на думку Учасника, підтверджує застосування заходів із захисту довкілля.

4) кількість товару та місце його поставки;

5) місце, де повинні бути виконані роботи чи надані послуги, їх обсяги;

6) строки поставки товарів, виконання робіт, надання послуг;

7) проект договору про закупівлю з обов'язковим зазначенням порядку змін його умов;

Коментар

Основні умови договору та підстави для внесення змін до нього визначені статтею 36 Закону.

Див. коментар до статті 36.

8) опис окремої частини або частин предмета закупівлі (лота), щодо яких можуть бути подані тендерні пропозиції, у разі якщо учасникам дозволяється подати тендерні пропозиції стосовно частини предмета закупівлі (лота);

9) перелік критеріїв та методика оцінки тендерних пропозицій із зазначенням питомої ваги критеріїв. Опис методики оцінки за критерієм "ціна" повинен містити інформацію про врахування податку на додану вартість (ПДВ);

Коментар

Критерії та методика оцінки тендерних пропозицій встановлюються відповідно до статті 28 Закону.

10) строк, протягом якого тендерні пропозиції вважаються дійсними, але не менше ніж 90 днів з дати розкриття тендерних пропозицій;

11) інформацію про валюту, у якій повинна бути розрахована і зазначена ціна тендерної пропозиції;

12) інформацію про мову (мови), якою (якими) повинні бути складені тендерні пропозиції;

13) зазначення кінцевого строку подання тендерних пропозицій;

14) розмір, вид та умови надання забезпечення тендерних пропозицій (якщо замовник вимагає його надати);

Коментар

З урахуванням статті 24 Закону

15) розмір, вид, строк та умови надання, умови повернення та неповернення забезпечення виконання договору про закупівлю (якщо замовник вимагає його надати);

Коментар

З урахуванням статті 26 Закону

16) прізвище, ім'я та по батькові, посаду та адресу однієї чи кількох посадових осіб замовника, уповноважених здійснювати зв'язок з учасниками;

Коментар:

В цій позиції має бути вказана інформація про контактну особу (іб), яка зможе надати актуальну інформацію щодо змісту тендерної документації, зокрема технічних нюансів підготовки та подання тендерних пропозицій. Це дозволить уникнути додаткових запитів на отримання роз'яснень з цього приводу.

Тому, не доцільно вказувати контакти особи, яка не володіє всією інформацією щодо процедури закупівлі або може бути не доступною протягом робочого дня.

17) у разі закупівлі робіт - вимогу про зазначення учасником у тендерній пропозиції інформації (повне найменування та місцезнаходження) щодо кожного суб'єкта господарювання, якого учасник планує залучати до виконання робіт як субпідрядника в обсязі не менше ніж 20 відсотків від вартості договору про закупівлю.

Коментар:

Ця інформація подається учасниками торгів у вигляді довідки, складеної або у довільній формі, або за формою встановленою учасником. При цьому, бажано звернути увагу на доцільність здійснення перевірки наявності в учасника договору про наміри чи іншого документа, що підтверджує домовленість з суб'єктом господарювання, якого пропонується залучити в якості субпідрядника.

3. Тендерна документація може містити також іншу інформацію відповідно до законодавства, яку замовник вважає за необхідне до неї включити.

Тендерна документація може містити опис та приклади формальних (несуттєвих) помилок, допущення яких учасниками не призведе до відхилення їх пропозицій.

Формальними (несуттєвими) вважаються помилки, що пов'язані з оформленням тендерної пропозиції та не впливають на зміст пропозиції, а саме - технічні помилки та описки.

Коментар:

Законом передбачено зазначення замовником в тендерній документації опису та прикладів формальних (несуттєвих) помилок, допущення яких учасниками при підготовці своїх пропозицій є не бажаним, але, водночас, не критичним для замовника (відсутність нумерації, підписів на окремих сторінках тощо) та не призведе до відхилення пропозиції учасника (див. також Коментар до статті 30 Закону).

Слід наголосити, що нормою визначено виключний перелік таких формальних помилок – тобто технічні помилки та описки, пов'язані лише з оформленням пропозиції та які не стосуються її змісту. Натомість, інші помилки поза межами цього переліку не є формальними та їх наявність у пропозиції зумовлює її відхилення. Це сприятиме усуненню надто формальних підстав для відхилення пропозицій учасників та, як наслідок, збільшенню конкуренції у торгах.

4. Тендерна документація не повинна містити вимог, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників.

Коментар:

Одними з найважливіших аспектів публічних закупівель є об'єктивність і недискримінація. Підготовка тендерної документації займає центральне місце у забезпеченні цих важливих аспектів. Оскільки можливість спілкування з учасниками торгів обмежена, а переговори взагалі заборонені, якість і повнота тендерної документації стає важливим фактором успішного результату процедур закупівель під час процесу розгляду, оцінки пропозицій і визначення переможця.

Зважаючи, що подані тендерні пропозиції не є предметом коригувань, тобто, їх не можна змінювати за винятком виправлення арифметичних помилок, оцінка і рішення про присудження договору практично базується на сукупній інформації, що міститься саме у тендерній документації.

Якість отриманих пропозицій значною мірою відображає якість тендерної документації і особливо технічних специфікацій.

Документація містить усю інформацію, необхідну для забезпечення бази, на основі якої потенційний постачальник може оцінити витрати і підготувати повну і всеохоплюючу пропозицію. Для забезпечення об'єктивності і прозорості пропозиції повинні оцінюватись лише на основі критеріїв і специфікацій, сформульованих у документації.

Водночас, частими є випадки встановлення в тендерній документації дискримінаційних вимог, що призводять до зменшення кола потенційних учасників торгів, зокрема, встановлення обмежуючих вимог в частині господарської діяльності учасників, наприклад:

вимоги щодо можливості подання пропозицій виключно платниками ПДВ;

необґрунтовані вимоги щодо наявності конкретного річного обороту коштів у учасників в дискримінаційних межах, визначених замовником;

вимоги щодо підтвердження в учасника наявності досвіду роботи лише з державними структурами;

вимоги щодо підтвердження в учасника наявності досвіду постачання не аналогічних предмета закупівлі товарів (послуг), а виключно ідентичних.

З огляду на це, замовник має відповідати за:

- **підготовку ретельно складеної повної тендерної документації - з технічної і комерційної точок зору, включаючи умови договору – загальні і спеціальні, що забезпечує максимальну конкуренцію і дає можливість приймати рішення про визначення переможця без попереднього обговорення або переговорів з учасниками торгів;**

- **дотримання всіх юридичних формальностей, пов'язаних з конкурсними процедурами: оголошення торгів, оцінка відповідності учасників встановленим кваліфікаційним, технічним вимогам.**

Характер інформації, що міститься в тендерній документації, залежить від обсягів і складності передбачуваного договору про закупівлю. Для зрозумілості, різні частини документації необхідно відокремлювати і компонувати у логічному порядку.

Неякісна підготовка тендерної документації може призвести до їх відміни.

Зразки тендерної документації для процедур відкритих торгів та конкурентного діалогу затверджені наказом Мінекономрозвитку від 13.04.2016 №680 «Про затвердження примірної тендерної документації», яким встановлені певні вимоги до оформлення тендерної документації та її структури.

На веб-порталі закупівель (за посиланням – http://infobox.prozorro.org/specifications?page=1&count=25&search_in_all=false) розміщені примірні технічні специфікації для найбільш поширених предметів закупівель.

Стаття 23. Надання роз'яснень щодо тендерної документації та внесення змін до неї

1. Фізична/юридична особа має право не пізніше ніж за 10 днів до закінчення строку подання тендерної пропозиції звернутися через електронну систему закупівель до замовника за роз'ясненнями щодо тендерної документації та/або звернутися до замовника з вимогою щодо усунення порушення під час проведення процедури закупівлі. Усі звернення за роз'ясненнями та звернення щодо усунення порушення автоматично оприлюднюються в електронній системі закупівель без ідентифікації особи, яка звернулася до замовника. Замовник повинен протягом трьох робочих днів з дня їх оприлюднення надати роз'яснення на звернення та оприлюднити його на веб-порталі Уповноваженого органу відповідно до статті 10 цього Закону.

Коментар:

Відповідно цієї частини статті 23 звернутися до замовника за роз'ясненнями щодо тендерної документації може будь-яка фізична/юридична особа, тобто навіть та, яка не набула статусу учасника торгів (у відповідності до визначення, наведеного у пункті 35 частини першої статті 1 Закону).

Звертаємо увагу на те, що у разі якщо на момент настання кінцевого строку для подання тендерних пропозицій залишиться питання без роз'яснення замовника, система автоматично заблокує подальше проведення закупівлі, а строк подання тендерних пропозицій автоматично продовжується не менш як на сім днів.

2. Замовник має право з власної ініціативи чи за результатами звернень або на підставі рішення органу оскарження внести зміни до тендерної документації. У разі внесення змін до тендерної документації строк для подання тендерних пропозицій продовжується в електронній системі закупівель таким чином, щоб з моменту внесення змін до тендерної

документації до закінчення строку подання тендерних пропозицій залишалося не менше ніж сім днів.

Коментар:

Законом конкретизовано строк для перенесення дати подання пропозицій після внесення змін до тендерної документації – не менше ніж на сім робочих днів від моменту внесення змін до закінчення строку подання тендерних пропозицій. Фактично, передбачається можливість усім заінтересованим учасникам належно підготувати свою пропозицію та мати можливість скористатися правом на оскарження можливих дискримінаційних положень тендерної документації.

Зміни, що вносяться замовником до тендерної документації, розміщуються та відображаються в електронній системі закупівель у вигляді нової редакції тендерної документації додатково до початкової редакції тендерної документації. Замовник разом із змінами до тендерної документації в окремому документі оприлюднює перелік змін, що вносяться. Положення тендерної документації, до яких вносяться зміни, відображаються у вигляді закреслених даних та повинні бути доступними для перегляду після внесення змін до тендерної документації.

Коментар:

Згідно цієї норми, після внесення змін до тендерної документації у системі мають бути оприлюднені 3 документи:

- 1) нова редакція документації;*
- 2) документ з переліком змін, що вносяться;*
- 3) редакція тих положень тендерної документації, до яких вносяться зміни, у вигляді закреслених даних.*

При підготовці пропозицій учасники можуть керуватися будь-яким з цих документів.

У разі несвоєчасного надання або ненадання замовником роз'яснень щодо змісту тендерної документації строк подання тендерних пропозицій автоматично продовжується електронною системою не менш як на сім днів.

Зазначена у цій частині інформація оприлюднюється замовником відповідно до статті 10 цього Закону.

Коментар:

Закон не обмежує обсяг змін до тендерної документації. Однак, варто усвідомлювати, що суттєва зміна вимог та умов щодо предмета закупівлі (у тому числі, обсягу, умов поставки (виконання) предмета закупівлі може розглядатися як свідомі дії, направлені на звуження конкуренції, дискримінації певних учасників тощо. У разі необхідності внесення багатьох комплексних змін або навіть перегляду предмета закупівлі – замовнику слід розглянути скасування таких торгів на підставі відсутності подальшої потреби (саме на старих умовах) і оголошення нової процедури за всіма новими умовами і вимогами.

Крім цього, в залежності від глибини та суті змін, має встановлюватися достатній строк для їх врахування учасниками (інколи може бути не достатньо передбачених Законом 7 днів для підготовки нової пропозиції).

Водночас, у разі, якщо у складі пропозиції учасниками надаються довідки чи інші документи, період дії яких обмежений (наприклад довідка з податкової), замовнику необхідно зазначити у змінах, що вносяться порядок врахування таких документів з урахуванням перенесення кінцевого строку подання пропозицій та дати їх розкриття. Тобто, доцільно окремим пунктом змін вказати, чи є чинними ці документи на нову дату розкриття.

Стаття 24. Забезпечення тендерної пропозиції

1. Замовник має право зазначити в оголошенні про проведення процедури закупівлі та в тендерній документації вимоги щодо надання забезпечення тендерної пропозиції.

У разі якщо надання забезпечення тендерної пропозиції вимагається замовником, в тендерній документації повинні бути зазначені умови його надання, зокрема вид, розмір, строк дії та застереження щодо випадків, коли забезпечення тендерної пропозиції не повертається учаснику. У такому разі учасник під час подання тендерної пропозиції одночасно надає забезпечення тендерної пропозиції.

Розмір забезпечення тендерної пропозиції у грошовому виразі не може перевищувати 0,5 відсотка очікуваної вартості закупівлі у разі проведення торгів на закупівлю робіт та 3 відсотки - у разі проведення торгів на закупівлю товарів чи послуг на умовах, визначених тендерною документацією.

2. У разі якщо тендерні пропозиції подаються стосовно частини предмета закупівлі (лота), розмір забезпечення тендерної пропозиції встановлюється замовником виходячи з очікуваної вартості предмета закупівлі щодо кожної його частини (лота).

3. Забезпечення тендерної пропозиції не повертається у разі:

відкликання тендерної пропозиції учасником після закінчення строку її подання, але до того, як сплив строк, протягом якого тендерні пропозиції вважаються чинними;

непідписання учасником, який став переможцем процедури торгів, договору про закупівлю;

ненадання переможцем у строк, визначений в абзаці другому частини третьої статті 17 цього Закону, документів, що підтверджують відсутність підстав, передбачених статтею 17 цього Закону;

ненадання переможцем процедури торгів забезпечення виконання договору про закупівлю після отримання повідомлення про намір укласти договір, якщо надання такого забезпечення передбачено тендерною документацією.

4. Забезпечення тендерної пропозиції повертається учаснику протягом п'яти банківських днів з дня настання підстави для повернення забезпечення тендерної пропозиції в разі:

закінчення строку дії забезпечення тендерної пропозиції, зазначеного в тендерній документації;

укладення договору про закупівлю з учасником, що став переможцем тендеру;

відкликання тендерної пропозиції до закінчення строку її подання;

закінчення процедури закупівлі в разі не укладення договору про закупівлю з жодним з учасників, які подали тендерні пропозиції.

5. Кошти, що надійшли як забезпечення тендерної пропозиції (у разі якщо вони не повертаються учаснику), підлягають перерахуванню до відповідного бюджету, а у разі здійснення закупівлі юридичними особами (їхніми об'єднаннями) не за бюджетні кошти - перераховуються на рахунок таких юридичних осіб (їхніх об'єднань).

Загальний Коментар:

Як вже зазначено у Коментарі до статті 1 тендерне забезпечення може вноситися (у разі висування такої вимоги замовником) лише у вигляді гарантії, яка, у свою чергу, може бути видана банком, страховою компанією або іншою фінансовою установою.

У тендерній документації замовнику доцільно зазначити, що у складі тендерної пропозиції учасник процедури закупівлі повинен подати, отриману в обслуговуючій фінансовій установі, гарантію у вигляді електронного документу з накладеним електронним цифровим підписом. Перевірку ЕЦП замовник може здійснити онлайн на сайті центрального засвідчувального органу за посиланням: <http://czo.gov.ua/verify>.

Умови повернення чи не повернення забезпечення визначаються в тендерній документації у випадку, якщо таке забезпечення вимагається.

У разі настання підстав для неповернення учаснику тендерного забезпечення замовник звертається до відповідної фінансової установи-гаранта з метою отримання вимоги за гарантією.

У зверненні на адресу гаранта замовнику доцільно зазначити: посилання на реквізити (номер та дату) гарантії; повну назву учасника процедури закупівлі; код та назву процедури закупівлі; реквізити казначейського/банківського рахунка, на який необхідно здійснити виплату; інформацію про настання гарантійного випадку.

Водночас, у разі настання однієї з підстав для повернення тендерного забезпечення, передбачених частиною четвертою цієї статті, замовник, у строк 5 банківських днів з дня її настання, повідомляє установу-гаранта про наявність вказаних підстав для анулювання гарантії.

Стаття 25. Порядок подання тендерних пропозицій

1. Тендерна пропозиція подається в електронному вигляді через електронну систему закупівель. Документ з тендерною пропозицією подається в електронному вигляді шляхом заповнення електронних форм з окремими полями, де зазначається інформація про ціну, інші критерії оцінки (у разі їх встановлення замовником), інформація від учасника про його відповідність кваліфікаційним (кваліфікаційному) критеріям, вимогам, визначеним у статті 17 цього Закону і в тендерній документації, та завантаження необхідних документів, що вимагаються замовником у тендерній документації. Документи, що підтверджують відповідність учасника кваліфікаційним (кваліфікаційному) критеріям, та документи, що містять технічний опис предмета закупівлі, подаються в окремому файлі.

Коментар:

Концепція Закону передбачає подання тендерних пропозицій виключно в електронному вигляді. Крім власне цінової пропозиції, іншої інформації, що складається учасником шляхом заповнення встановлених електронних форм, в електронній системі також розміщується файл, який містить електронні копії (скани) інших документів, зокрема, довідок наданих учаснику державними органами (наприклад податковою інспекцією, органами МВС (Нацполіції), тощо).

Електронна система закупівель автоматично формує та надсилає повідомлення учаснику про отримання його пропозиції із зазначенням дати та часу. Електронна система повинна забезпечити можливість подання пропозиції всім особам на рівних умовах.

Кожен учасник має право подати тільки одну тендерну пропозицію (у тому числі до визначеної в тендерній документації частини предмета закупівлі (лота). Отримана тендерна пропозиція вноситься автоматично до реєстру, форма якого встановлюється Уповноваженим органом.

Коментар

Форма реєстру встановлена наказом Мінекономрозвитку від 22.03.2016 №490.

2. Тендерна пропозиція повинна містити підтвердження надання учасником забезпечення тендерної пропозиції, якщо таке забезпечення передбачено оголошенням про проведення процедури закупівлі.

3. Тендерні пропозиції, отримані електронною системою закупівель після закінчення строку їх подання, не приймаються та автоматично повертаються учасникам, які їх подали.

Коментар

Зазначена норма застосовується без будь-яких виключень та застережень. Тобто, не може бути обґрунтуванням та підставою для прийняття пропозиції учасника, який, навіть з об'єктивних причин, не зміг вчасно подати пропозицію.

Відповідно до роз'яснення Мінекономрозвитку від 27.10.2016 №3302-06/34323-06 також і завантаження всіх необхідних документів, що вимагаються тендерною документацією здійснюється учасниками до закінчення строку подання тендерних пропозицій.

Водночас, згідно інформації, розміщеної на веб-порталі Уповноваженого органу (за посиланням <https://prozorro.gov.ua/ua/ofitsijni-novyny/shhodo-zavantazhennya-uchasnykamy-dokumentiv-tendernoyi-propozytsiyi-pislya-zakinchennya-stroku-podannya/>), учасник, пропозиція якого за результатами аукціону визнана найкращою, має технічну можливість дозавантажити документи до своєї тендерної пропозиції, які відповідно до частини третьої статті 17 Закону підтверджують заявлену учасником відсутність умов його дискваліфікації. Для реалізації вищевказаної норми система Prozorro не блокує завантаження саме учасниками-переможцями документів пропозиції після закінчення строку подання.

При цьому, звертаємо вашу увагу, що точні дата та час завантаження документів учасника відображені у Prozorro (активне посилання «Документи» навпроти назви учасника у формі Реєстру пропозицій). Відповідно замовник має можливість на етапі кваліфікації розглядати тільки ті документи, що були подані до завершення строку подання пропозицій.

Таким чином, замовники та учасники процедур мають усвідомлювати, що у разі виникнення технічних проблем у роботі системи, в результаті яких документи пропозиції вчасно не були завантажені - єдиним наслідком буде не допущення учасника до участі у процедурі на відповідному її етапі (чи то на стадії подання і розкриття пропозицій чи на стадії визначення переможця). Тому, з метою уникнення можливих спорів і навіть судових розглядів щодо статусу інформації у контексті вчасності її подання (було вчасно завершено заповнення відповідної інформації чи не було, чи було вчасно розпочато і не вчасно завершено тощо), рекомендується не відкладати до останнього відповідні кроки щодо подання інформації через електронну систему.

4. Тендерні пропозиції залишаються дійсними протягом зазначеного в тендерній документації строку. До закінчення цього строку замовник має право вимагати від учасників продовження строку дії тендерних пропозицій.

Учасник має право:

відхилити таку вимогу, не втрачаючи при цьому наданого ним забезпечення тендерної пропозиції;

погодитися з вимогою та продовжити строк дії поданої ним тендерної пропозиції та наданого забезпечення тендерної пропозиції.

5. Учасник має право внести зміни або відкликати свою тендерну пропозицію до закінчення строку її подання без втрати свого забезпечення тендерної пропозиції. Такі зміни або заява про відкликання тендерної пропозиції враховуються в разі, якщо вони отримані електронною системою закупівель до закінчення строку подання тендерних пропозицій.

Коментар

В тендерній документації доцільно вказати порядок внесення змін чи відкликання пропозиції із застереженням, що ці дії не мають негативних наслідків (втрати забезпечення тендерної пропозиції) в будь-який час до закінчення строку подання тендерних пропозицій та у разі завчасного звернення до замовника через електронну систему.

Стаття 26. Забезпечення виконання договору про закупівлю

1. Замовник має право вимагати від учасника-переможця внесення ним не пізніше дати укладення договору про закупівлю забезпечення виконання такого договору, якщо внесення такого забезпечення передбачено тендерною документацією. Замовник повертає забезпечення виконання договору про закупівлю після виконання учасником-переможцем договору, а також у разі визнання судом результатів процедури закупівлі або договору про закупівлю недійсними та у випадках, передбачених статтею 37 цього Закону, а також згідно з умовами, зазначеними в договорі, але не пізніше ніж протягом п'яти банківських днів з дня настання зазначених обставин.

2. Розмір забезпечення виконання договору про закупівлю не може перевищувати 5 відсотків вартості договору.

3. Кошти, що надійшли як забезпечення виконання договору (у разі якщо вони не повертаються), підлягають перерахуванню до відповідного бюджету, а у разі здійснення закупівлі юридичними особами (їхніми об'єднаннями) не за бюджетні кошти - перераховуються на рахунок таких юридичних осіб (їхніх об'єднань).

Коментар

Важливо пам'ятати, що зараз закон не обмежує способи і форми забезпечення виконання договору – тобто, це може бути і депозит, і гарантія, і вексель (якщо це можливо за законодавством), і порука тощо. Див. також коментар до пункту 7 статті 1 та статті 24 Закону.

Стаття 27. Розкриття тендерних пропозицій

1. Розкриття тендерних пропозицій з інформацією та документами, що підтверджують відповідність учасника кваліфікаційним критеріям, та інформацією і документами, що містять технічний опис предмета закупівлі, здійснюється автоматично електронною системою закупівель відразу після закінчення електронного аукціону. Перед початком електронного аукціону автоматично розкривається інформація про ціни/приведені ціни тендерних пропозицій.

У разі якщо оголошення про проведення процедури закупівлі оприлюднюється відповідно до положень частини четвертої статті 10 цього Закону у день і час закінчення строку подання тендерних пропозицій, зазначених в оголошенні про проведення процедури закупівлі, електронною системою закупівель автоматично розкривається частина тендерної пропозиції з інформацією та документами, що підтверджують відповідність учасника кваліфікаційним критеріям, та інформацією і документами, що містять технічний опис предмета закупівлі.

Коментар

Найважливіша новація щодо розкриття пропозицій полягає в тому, що у випадку, коли вартість договору є нижчою за порогові значення, встановлені частиною четвертою статті 10 (фактично такі, що застосовані у ЄС), розкриття змісту пропозицій і тих, хто їх подав, та оцінювання відповідності пропозицій здійснюється ПІСЛЯ завершення електронного аукціону.

Якщо ж вартість закупівлі перевищує вартісні межі частини четвертої статті 10, то діє класичний тендерний алгоритм -- спочатку відбувається розкриття пропозицій та їх перевірка щодо відповідності кваліфікаційним і технічним вимогам, а вже після цього відбувається оцінка невідхилених пропозицій через електронний аукціон (або лише на основі ціни або ціни разом з іншими критеріями) – див. частину першу статті 28.

2. Під час розкриття тендерних пропозицій автоматично розкривається вся інформація, зазначена в пропозиціях учасників, та формується перелік учасників у порядку від найнижчої до найвищої запропонованої ними ціни/приведеної ціни. Не підлягає розкриттю інформація, що обґрунтовано визначена учасником конфіденційною. Конфіденційною не може бути визначена інформація про запропоновану ціну, інші критерії оцінки, технічні умови, технічні специфікації та документи, що підтверджують відповідність кваліфікаційним критеріям відповідно до статті 16 і вимогам, установленим статтею 17 цього Закону.

Коментар

Згідно зі статтею 162 ГКУ суб'єкт господарювання, що є володільцем технічної, організаційної або іншої комерційної інформації, має право на захист від незаконного використання цієї інформації третіми особами, за умов, що ця інформація має комерційну цінність у зв'язку з тим, що вона невідома третім особам і до неї немає вільного доступу інших осіб на законних підставах, а володільець інформації вживає належних заходів до охорони її конфіденційності. Таким чином, учасники торгів мають можливість наполягати при поданні своїх пропозицій на захисті певних складових своєї пропозиції від доступу третіх осіб, обґрунтовуючи її конфіденційність у розумінні вказаної норми статті 162 ГКУ.

3. Протокол розкриття тендерних пропозицій формується та оприлюднюється електронною системою закупівель автоматично в день розкриття пропозицій за формою, установленою Уповноваженим органом.

Коментар

Форма протоколу встановлена наказом Мінекономрозвитку від 22.03.2016 №490.

Стаття 28. Розгляд та оцінка тендерних пропозицій

1. Оцінка тендерних пропозицій проводиться автоматично електронною системою закупівель на основі критеріїв і методики оцінки, зазначених замовником у тендерній документації, та шляхом застосування електронного аукціону.

У разі якщо оголошення про проведення процедури закупівлі оприлюднюється відповідно до норм частини четвертої статті 10 цього Закону, проводиться оцінка лише тих тендерних пропозицій, що не були відхилені згідно з цим Законом.

Критеріями оцінки є:

у разі здійснення закупівлі товарів, робіт і послуг, що виробляються, виконуються чи надаються не за окремо розробленою специфікацією (технічним проектом), для яких існує постійно діючий ринок, - ціна;

у разі здійснення закупівлі, яка має складний або спеціалізований характер (у тому числі консультаційних послуг, наукових досліджень, експериментів або розробок, дослідно-конструкторських робіт), - ціна разом з іншими критеріями оцінки, зокрема, такими як: умови оплати, строк виконання, гарантійне обслуговування, експлуатаційні витрати, передача технології та підготовка управлінських, наукових і виробничих кадрів.

Коментар

Перелік критеріїв не виключний. Тобто, замовник, у разі обґрунтованої потреби, може встановлювати додаткові критерії, які є важливими з його точки зору). Зокрема, враховуючи відсутність у статті 16 Закону кваліфікаційної вимоги щодо фінансової спроможності, у разі реальної важливості для замовника оцінити фінансову спроможність учасників критерії оцінки це, практично, єдина можливість це зробити (що може бути доцільним при закупівлях які пов'язані з реалізацією складних, довготривалих проектів (наприклад, будівельні роботи підвищеної складності, специфічне високотехнологічне обладнання тощо)).

2. До початку проведення електронного аукціону в електронній системі закупівель автоматично розкривається інформація про ціну та перелік усіх цін пропозицій, розміщений у порядку від найнижчої до найвищої ціни без зазначення найменувань та інформації про учасників.

У разі якщо крім ціни установлені інші критерії оцінки до початку електронного аукціону в електронній системі закупівель автоматично, відповідно до методики оцінки, установлені замовником в тендерній документації, визначаються показники інших критеріїв оцінки та приведена ціна, після чого розкривається інформація про приведену ціну та перелік усіх приведених цін пропозицій, розміщений у порядку від найнижчої до найвищої ціни без зазначення найменувань та інформації про учасників.

Під час проведення електронного аукціону в електронній системі відображаються значення ціни пропозиції учасника та приведеної ціни.

Коментар

У разі використання ціни разом з іншими визначеними у тендерній документації критеріями, повинна також бути визначена відповідна методика оцінки, яка у будь-якому випадку передбачає, що електронна система конвертує інші, аніж ціна, показники своїх пропозицій у так звану «приведену» ціну, після чого ці значення, виражені в тих же одиницях, що

й ціна (у гривнях), стають придатними для автоматичного підрахунку за допомогою спеціальної формули. За результатами такого оцінювання визначається переможець торгів.

З огляду на це, від учасника вимагається вказувати конкретні показники параметрів, що визначатимуть його конкурентоспроможність на даному тендері (наприклад, кількість годин для початку поставки, кількість місяців післяпродажного обслуговування тощо).

Даний підхід також вимагає встановлення вимірюваних критеріїв для уможливлення їх математичного конвертування у приведену ціну.

Тобто, якщо замовнику у разі складного, комплексного предмета закупівлі послуг чи робіт, перерахованих у статті 33 цього Закону, необхідно застосувати якісні критерії, які не можуть бути виміряні в тій самій мірі, що і прості цінові критерії, наприклад, якщо необхідно враховувати конструкторські, інтелектуальні та інноваційні якості, такому замовнику слід замість відкритих торгів розглянути процедуру конкурентного діалогу, яка дозволяє на першому етапі провести ретельний якісний і кваліфікаційний добір і навіть переговори з учасниками для уточнення вимог до закупівлі. До того ж у випадку конкурентного діалогу мінімальна гранична вага 70 % для критерію ціна не застосовується (див. нижче частину 3 цієї ж статті).

3. У разі якщо для визначення найбільш економічно вигідної тендерної пропозиції крім ціни застосовуються й інші критерії оцінки, у тендерній документації визначається їх вартісний еквівалент або питома вага цих критеріїв у загальній оцінці тендерних пропозицій. Питома вага цінового критерію не може бути нижчою ніж 70 відсотків, крім випадку застосування процедури конкурентного діалогу.

4. Після оцінки пропозицій замовник розглядає тендерні пропозиції на відповідність вимогам тендерної документації з переліку учасників, починаючи з учасника, пропозиція якого за результатом оцінки визначена найбільш економічно вигідною. Строк розгляду тендерної пропозиції, яка за результатами оцінки визначена найбільш економічно вигідною, не повинен перевищувати п'яти робочих днів з дня визначення найбільш економічно вигідної пропозиції. Строк розгляду тендерної пропозиції може бути аргументовано продовжено замовником до 20 робочих днів. У разі продовження строку розгляду тендерної пропозиції замовник оприлюднює повідомлення в електронній системі закупівель.

У разі відхилення тендерної пропозиції, що за результатами оцінки визначена найбільш економічно вигідною, замовник розглядає наступну тендерну пропозицію з переліку учасників, що вважається найбільш економічно вигідною.

Коментар

Дана частина стосується саме закупівель з вартістю, нижчою «міжнародних» порогів (частина четверта статті 10), і, на відміну від наступної частини п'ятої (яка стосується якраз закупівель з вартістю вищою «міжнародних порогів»), не передбачає такої дії, як перевірка пропозицій і їх допущення саме до оцінки, оскільки розкриття і перевірка пропозицій відбувається вже після «сліпої» оцінки. У цьому ж випадку, перевіряється лише найкраща за оцінкою пропозиція, а у разі її невідповідності наступна краща і так далі.

Таким чином, у даному випадку не може бути застосована норма абзацу 6 частини першої статті 31 Закону про відміну торгів у разі допуску до оцінки менше двох пропозицій, оскільки допуск до оцінки відсутній як такий. Тобто, якщо з трьох поданих пропозицій принаймні одна відповідає всім умовам і вимогам тендерної документації, така пропозиція визначається найкращою, оголошується переможець і торги не відмінюються.

Ця ж позиція також відображена у листі Мінекономрозвитку від 27.10.2010 №3302-06/34323-06.

5. У разі якщо оголошення про проведення процедури закупівлі оприлюднюється відповідно до норм частини четвертої статті 10 цього Закону, замовник розглядає тендерні пропозиції на відповідність технічним вимогам, визначеним у тендерній документації, та визначає відповідність учасників кваліфікаційним критеріям до проведення автоматичної оцінки тендерних пропозицій у строк, що не перевищує 20 робочих днів.

За результатами розгляду складається протокол розгляду тендерних пропозицій за формою, встановленою Уповноваженим органом, та оприлюднюється замовником на веб-порталі Уповноваженого органу відповідно до статті 10 цього Закону. Після оприлюднення замовником протоколу розгляду тендерних пропозицій електронною системою закупівель автоматично розсилаються повідомлення всім учасникам тендеру та оприлюднюється перелік учасників, тендерні пропозиції яких не відхилені згідно з цим Законом. Дата і час проведення електронного аукціону визначаються електронною системою автоматично, але не раніше ніж через п'ять днів після оприлюднення протоколу розгляду тендерних пропозицій.

Якщо за результатами розгляду тендерних пропозицій до оцінки допущено тендерні пропозиції менше ніж двох учасників, процедура закупівлі відмінюється.

Замовник та учасники не можуть ініціювати будь-які переговори з питань внесення змін до змісту або ціни поданої тендерної пропозиції.

Коментар

Дана частина стосується саме закупівель з вартістю вищою «міжнародних» порогів (частина четверта статті 10), та, на відміну від попередньої частини четвертої (яка стосується закупівель з вартістю нижчою «міжнародних порогів») навпаки передбачає таку обов'язкову дію як перевірка пропозицій і їх допущення або недопущення до оцінки, та, відповідно, розкриття і перевірка пропозицій відбувається саме до оцінки шляхом електронного аукціону.

У цьому випадку, перевіряються всі подані пропозиції, а у разі виявлення невідповідності така пропозиція(і) відхиляється і не допускається до оцінки. Тому, у даному випадку обов'язково застосовується норма абзацу шостого частини першої статті 31 Закону про відміну торгів у разі допуску до оцінки менше двох пропозицій. Тобто, якщо з трьох поданих пропозицій лише одна відповідає всім умовам і вимогам тендерної документації, такі торги замовник повинен відмінити.

6. За результатами розгляду та оцінки тендерної пропозиції замовник визначає переможця та приймає рішення про намір укласти договір згідно з цим Законом.

7. Замовник має право звернутися за підтвердженням інформації, наданої учасником, до органів державної влади, підприємств, установ, організацій відповідно до їх компетенції. У разі отримання достовірної інформації про його невідповідність вимогам кваліфікаційних критеріїв, наявність підстав, зазначених у частині першій статті 17 цього Закону, або факту зазначення у тендерній пропозиції будь-якої недостовірної інформації, що є суттєвою при визначенні результатів процедури закупівлі, замовник відхиляє тендерну пропозицію такого учасника.

Загальний Коментар

Концепція Закону передбачає два підходи до послідовності оцінювання пропозицій, проведення аукціону та визначення переможця торгів, в залежності від очікуваної вартості закупівлі.

У першому випадку (вартість закупівлі не перевищує меж визначених частиною четвертою статті 10 Закону – для товарів або послуг еквівалент 133 тис. євро, а робіт – 5150 тис. євро), до початку проведення аукціону автоматично розкривається інформація про ціну пропозицій усіх учасників без зазначення найменувань та інформації про них. Цінові пропозиції розміщуються у порядку від найнижчої до найвищої. При цьому розгляд тендерних пропозицій на предмет відповідності кваліфікаційним та технічним вимогам замовниками не здійснюється.

Після проведення аукціону найбільш економічно вигідна пропозиція перевіряється замовником на відповідність вимогам тендерної документації. У разі, коли вибрана пропозиція не відповідає вимогам документації, замовник її відхиляє та розглядає наступну за рейтингом пропозицію, складеного за результатами проведеного аукціону. Строк такої перевірки не повинен перевищувати п'яти робочих днів з дня визначення найбільш економічно вигідної тендерної пропозиції. Строк розгляду тендерної пропозиції може бути аргументовано продовжено замовником до 20 робочих днів з розміщенням такої інформації в системі електронних закупівель.

Такий порядок містить певні ризики, пов'язані з допуском до аукціону недостатньо кваліфікованих учасників та учасників, які пропонують предмети закупівлі недостатньої якості і, як наслідок, можуть свідомо демпінгувати при участі в аукціоні, тому для замовників особливо критично чітко і якісно готувати тендерну документацію і жорсткі умови договору щодо санкцій, штрафів і забезпечення виконання договору у разі неналежного виконання постачальником (виконавцем) його зобов'язань.

Другий підхід застосовується, у разі, якщо очікувана вартість перевищує суму еквіваленту 133 тис. євро (для товарів або послуг) та 5150 тис. євро для робіт.

У цьому випадку спочатку здійснюється перевірка замовниками тендерних на відповідність технічним та кваліфікаційним вимогам, а вже потім відібрані учасники допускаються до аукціону

Розгляд та оцінка відповідності пропозицій встановленим вимогам здійснюється протягом 20 робочих днів. За результатами розгляду пропозицій замовник складає протокол за формою, затвердженою наказом Мінекономрозвитку від 22.03.2016 № 490, та оприлюднює в електронній системі протягом 1 календарного дня з дня затвердження цього протоколу.

В подальшому, електронна система автоматично повідомляє учасників торгів про результати розгляду, оприлюднює перелік учасників допущених до аукціону та визначає дату і час проведення електронного аукціону (не раніше ніж через 5 календарних днів після оприлюднення протоколу розгляду пропозицій).

За результатами аукціону замовник визначає переможця тендеру та в той же день приймає по суті формальне рішення про намір укласти договір про закупівлю.

Стаття 29. Електронний аукціон

1. Електронний аукціон полягає в повторювальному процесі пониження цін або приведених цін з урахуванням показників інших критеріїв оцінки за математичною формулою, визначеною в методиці оцінки, що проводиться у три етапи в інтерактивному режимі реального часу.

Для проведення електронного аукціону ціни/приведені ціни всіх пропозицій розташовуються в електронній системі закупівель у порядку від найвищої до найнижчої без зазначення найменувань учасників. Стартовою ціною визначається найвища ціна/приведена ціна. Перед початком кожного наступного етапу аукціону визначається нова стартова ціна за результатами попереднього етапу аукціону.

У разі якщо учасники подали пропозиції з однаковим значенням ціни/приведеної ціни, першим в електронному аукціоні пониження ціни буде здійснювати учасник, який подав свою пропозицію пізніше, ніж інші учасники з аналогічним значенням ціни пропозиції.

Учасник може протягом одного етапу аукціону один раз понизити ціну/приведену ціну своєї пропозиції не менше ніж на один крок від своєї попередньої ціни/приведеної ціни.

Коментар

Приклад математичної формули, яка може бути застосована замовниками при визначенні декількох критеріїв оцінки:

$ПЦ = Ц / (1 + (K1 + K2 + \dots + Kn) / ПВ)$, де:

ПЦ - приведена ціна; Ц - ціна;

K1...Kn - питома вага інших критеріїв оцінки, запропонованих учасником;

ПВ - питома вага критерію "ціна".

Математична формула, яка буде застосовуватися при проведенні електронного аукціону зазначається в оголошенні про проведення торгів та методиці оцінки тендерних пропозицій.

Приклад розрахунку приведеної ціни та математичної формули у разі застосування декількох критеріїв наведений на ресурсі INFOBOX за таким посиланням -- <http://infobox.prozorro.org/knowledge-base/view/600?q>.

2. В оголошенні про проведення процедури закупівель обов'язково зазначаються відомості про розмір мінімального кроку пониження ціни під час електронного аукціону у відсотках або грошових одиницях та математичну формулу, що буде застосовуватися при проведенні електронного аукціону для визначення показників інших критеріїв оцінки.

3. Протягом кожного етапу електронного аукціону всім учасникам забезпечується доступ до перебігу аукціону, зокрема до інформації стосовно місця розташування їх цін або приведених цін в електронній системі закупівель від найвищого до найнижчого на кожному етапі проведення аукціону та інформації про кількість учасників на даному етапі електронного аукціону без зазначення їх найменування.

Коментар

Аукціон проводиться автоматично у робочий день та час, визначений електронною системою. Замовник під час аукціону може лише спостерігати за перебігом аукціону.

З урахуванням визначеного замовником кроку аукціону, першим знижує ціну своєї пропозиції під час кожного етапу аукціону учасник, пропозиція якого найдорожча.

В процесі аукціону для учасників в системі відкривається активна форма для введення ціни пропозиції. Для прийняття кожного рішення про зниження ціни система надає 2 хвилини, тому учаснику доцільно наперед розрахувати можливі кроки зниження ціни під час аукціону.

Після введення кожної нової цінової пропозиції учасник має впевнитись, що система надіслала йому підтвердження: «Ваша пропозиція прийнята». При закупівлі з поділом предмета закупівлі на частини система проводить аукціон по кожному з лотів окремо.

Останній крок при кожному пониженні робить учасник, який перед цим подав пропозицію з найнижчою ціною (тому в учасника з початковою низькою ціною є певна перевага).

Стаття 30. Відхилення тендерних пропозицій

1. Замовник відхиляє тендерну пропозицію в разі якщо:

1) учасник:

не відповідає кваліфікаційним (кваліфікаційному) критеріям, установленим статтею 16 цього Закону;

не надав забезпечення тендерної пропозиції, якщо таке забезпечення вимагалось замовником;

2) переможець:

відмовився від підписання договору про закупівлю відповідно до вимог тендерної документації або укладення договору про закупівлю;

не надав документи, що підтверджують відсутність підстав, передбачених статтею 17 цього Закону;

3) наявні підстави, зазначені у статті 17 і частині сьомій статті 28 цього Закону;

4) тендерна пропозиція не відповідає умовам тендерної документації.

2. Інформація про відхилення тендерної пропозиції протягом одного дня з дня прийняття рішення оприлюднюється в електронній системі закупівель та автоматично надсилається учаснику/переможцю, тендерна пропозиція якого відхилена через електронну систему закупівель.

3. У разі якщо учасник, тендерна пропозиція якого відхилена, вважає недостатньою аргументацію, зазначену в повідомленні, такий учасник може повторно звернутися до замовника з вимогою надати додаткову інформацію стосовно причини невідповідності його пропозиції умовам тендерної документації, зокрема, технічній специфікації та/або його невідповідності кваліфікаційним критеріям, а замовник зобов'язаний надати йому відповідь з такою інформацією не пізніше ніж через п'ять днів з дня надходження такого звернення через електронну систему закупівель.

Коментар

Ця норма вперше з'явилася у 2015 році і прямо пов'язана з зобов'язаннями України в межах Угоди про Асоціацію з ЄС, проте, вона має і значне корисне практичне значення як для учасників торгів, що можуть отримати докладні пояснення своєї поразки на торгах для покращення своїх тендерних пропозицій в майбутньому, так і додатковий дисциплінуючий чинник для замовників щодо обґрунтованості і прозорості рішень з відхилення пропозицій.

Як зазначено в законі, учасник надсилає свою вимогу-звернення через електронну систему в електронній формі замовнику через обраний учасником авторизований майданчик, а замовник так само надає аргументовану відповідь на звернення теж в електронній формі через електронну систему через свій обраний авторизований майданчик не пізніше 5 днів з дня отримання такої вимоги.

Стаття 31. Відміна замовником торгів чи визнання їх такими, що не відбулися

1. Замовник відмінює торги в разі:

відсутності подальшої потреби в закупівлі товарів, робіт і послуг;

Коментар

Зазначена підстава для відміни може бути застосована у разі повної відсутності потреби, обумовленої, наприклад, прийняттям рішення про зміну організаційної структури замовника чи його повної ліквідації, що автоматично призводить до прийняття рішення про відміну.

Нарешті, ця підстава може бути використана у разі відсутності потреби саме у цьому товарі (роботі, послугі) з певними характеристиками, тоді як виникла потреба в іншому (можливо навіть подібному) товарі (роботі, послугі), і про що стало відомо під час проведення попередніх торгів, які відмінюються.

неможливості усунення порушень, що виникли через виявлені порушення законодавства з питань публічних закупівель;

Коментар

Торги можуть бути відмінені за цією підставою, як через порушення встановлені за результатами розгляду скарги АМКУ, так і за рішенням самого замовника на підставі самостійно виявлених порушень, усунення яких на певному етапі є вже неможливим (наприклад виявлення грубих помилок у складеній тендерній документації після розкриття пропозицій, які призвели до дискримінації певних учасників та не об'єктивної оцінки і вибору переможця торгів).

порушення порядку оприлюднення оголошення про проведення процедури закупівлі, повідомлення про намір укласти договір, передбаченого цим Законом;

Коментар

Ця підстава для відміни має бути застосована у разі будь-якого формального порушення порядку оприлюднення оголошення про проведення процедури закупівлі або повідомлення про намір укласти договір, тобто лише 2 з більше ніж 10 документів, які підлягають оприлюдненню за цим Законом.

Насамперед, це стосується строків оприлюднення, встановлених в статті 10 Закону. Суто з юридичної формальної точки зору порушення, наприклад, строків оприлюднення інших документів не є таким критичним і не зумовлює автоматичну відміну торгів, проте технічно електронна система і логіка процесу закупівель реалізовані таким чином, щоб мінімізувати можливість допустити такі порушення (наприклад, звіт про результати торгів генерується системою автоматично, а якщо замовник вчасно не оприлюднить договір – він не зможе його зареєструвати в органах ДКСУ).

подання для участі в них менше двох тендерних пропозицій, а в разі здійснення закупівлі за рамковими угодами з кількома учасниками - менше трьох пропозицій;

допущення до оцінки менше двох тендерних пропозицій, а в разі здійснення закупівлі за рамковими угодами з кількома учасниками - менше трьох пропозицій;

Коментар

Як вже зазначалося у коментарі до статті 28 Закону та відповідно до роз'яснення Мінекономрозвитку від 27.10.2010 №3302-06/34323-06 ця підстава застосовується тільки для закупівель, очікувана вартість яких перевищує суму для товарів (послуг) 133 тис.євро, для робіт - 5150 тис. євро. У разі закупівель, що не перевищують ці межі, до оцінки може бути допущена навіть одна пропозиція, яка відповідає визначеним критеріям та умовам тендерної

ГАРМОНІЗАЦІЯ СИСТЕМИ ДЕРЖАВНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ В УКРАЇНІ ЗІ СТАНДАРТАМИ ЄС
документації та визнана найбільш економічно вигідною за результатами аукціону.

відхилення всіх тендерних пропозицій згідно з цим Законом.

Коментар

Відхилення здійснюється відповідно до статті 30 Закону.

Про відміну процедури закупівлі за такими підставами має бути чітко визначено в тендерній документації.

Торги може бути відмінено частково (за лотом).

Коментар :

Торги можуть бути відмінені частково за наявності будь-якої з наведених підстав (окрім порушення порядку оприлюднення, що автоматично призводить до відміни всієї процедури закупівлі), але виключно в межах певного лоту.

2. Замовник має право визнати торги такими, що не відбулися, у разі:

якщо ціна найбільш економічно вигідної тендерної пропозиції перевищує суму, передбачену замовником на фінансування закупівлі;

Коментар

На практиці регламент роботи електронної системи закупівель не надає можливості учаснику надати початкову цінову пропозицію, яка перевищує очікувану вартість предмета закупівлі, визначену замовником в оголошенні про проведення процедури відкритих торгів. Отже, замовник при плануванні та оголошенні закупівлі має ретельно проаналізувати цінову кон'юнктуру на ринку відповідної продукції та послуг, що закуповуються, з урахуванням обсягу фінансування.

Ця норма Закону надає можливість замовникам прийняти рішення про намір укласти договір про закупівлю, яка за ціною перевищує суму, передбачену замовником на фінансування закупівлі.

Наприклад, відповідно до затвердженого річного плану закупівель, на закупівлю бензину передбачено витратити 1 млн. 250 тис. грн. У торгах беруть участь три учасники. Після проведення електронного аукціону та подальшого розкриття пропозицій стало відомо, що остаточна ціна пропозиції першого учасника становить 1 млн. 252 тис. грн., другого – 1 млн. 245 тис. грн., третього – 1 млн. 254 тис. грн.. В результаті розгляду пропозицій виявилось, що другий учасник – не надав документів для підтвердження кваліфікаційної вимоги тендерної документації щодо спроможності виконання аналогічних договорів. Таким чином, замовник торгів відхиляє пропозицію другого учасника і розглядає наступну кращу пропозицію першого учасника (1 млн. 252 тис. грн), але ціна цієї пропозиції вже перевищує очікувану вартість закупівлі, передбачену планом закупівлі (1250 тис. грн). У такому разі замовник може визнати торги такими, що не відбулися.

Водночас, у замовника є можливість профінансувати закупівлю за запропованою ціною, якщо він може здійснити перерозподіл фінансів в межах кошторису та це є доцільним з точки зору кон'юнктури ринку відповідного товару або є вкрай необхідним (пальне для медичного транспорту). У цьому є контексті слід також пам'ятати, що згідно частини 4 статті 36 Закону дозволяється вносити зміни в укладений договір щодо зменшення його обсягів, що дозволяє не гаяти час у нашому прикладі у разі нагальності потреби.

Зрозуміло, що при прийнятті такого рішення замовник, перш за все, повинен вирішити проблему з додатковим фінансуванням закупівлі. Найскладніше це зробити, якщо фінансування закупівлі здійснюється за рахунок бюджетних коштів, оскільки у такому випадку зазначене

рішення можливе переважно за умови перерозподілу коштів межах одного коду бюджетної кваліфікації (це простіше для місцевих бюджетів), а для замовників-підприємств це ще простіше.

Крім цього, для прийняття рішення про намір укласти договір у вказаній ситуації замовник має проаналізувати цінову кон'юнктуру на ринку відповідної продукції, яка є предметом закупівлі. Якщо предметом закупівлі є товар (наприклад - продукти нафтоперероблення), ціни на який постійно змінюються (як правило в бік підвищення), а відтак, при прийнятті рішення про визнання торгів такими, що не відбулися та проведення повторної процедури є ризик закупівлі товару за ще більш високими цінами, ніж запропоновано,—поточну процедуру доцільно завершити з визначенням переможця та укладенням договору.

В будь-якому випадку, таке рішення та його детальне обґрунтування фіксується у протоколі засідання тендерного комітету замовника чи в рішенні уповноваженої особи. Обґрунтування може бути підкріплене експертним висновком щодо аналізу кон'юнктури поточних цін на товар, підготовленим відповідним підрозділом замовника або спеціалізованою організацією (підприємством), до компетенції якої входить здійснення моніторингу цін на відповідних ринках.

якщо здійснення закупівлі стало неможливим унаслідок непереборної сили;

Коментар

Відповідно до статті 617 ЦКУ «особа, що порушила зобов'язання, звільняється від відповідальності за порушення зобов'язання, якщо вона доведе, що це порушення сталося внаслідок випадку або непереборної сили».

Частина друга статті 218 ГКУ передбачає наступне: «У разі, якщо інше не передбачене законом або договором, суб'єкт господарювання за порушення господарського зобов'язання несе господарсько-правову відповідальність, якщо не доведе, що належне виконання зобов'язання виявилось неможливим внаслідок дії непереборної сили, тобто надзвичайних і невідворотних обставин за даних умов здійснення господарської діяльності. Не вважаються такими обставинами, зокрема, порушення зобов'язань контрагентами правопорушника, відсутність на ринку потрібних для виконання зобов'язання товарів, відсутність у боржника необхідних засобів».

Можливі випадки застосування поняття непереборної сили у процесі здійснення закупівлі (до укладення договору) бажано зазначити в тендерній документації.

При цьому, такі обставини повинні відповідати наступним критеріям:

- *ця обставина має бути надзвичайною, тобто попри те, що факт його настання можливо припустити, час, місце, тривалість, наслідки такої обставини передбачити неможливо;*
- *ця обставина повинна знаходитися поза контролем сторони і не бути пов'язаною з її діями;*
- *сторона не могла своїми розумними діями запобігти або здолати цю перешкоду;*
- *має бути присутнім причинно-наслідковий зв'язок між настанням такої обставини і неможливістю подальшого проведення процедури.*

На практиці зустрічаються випадки, коли замовники відмінюють торги у зв'язку з тим, що здійснення закупівлі стало неможливим унаслідок непереборної сили, й у якості обґрунтування наявності підстави зазначають лист (телеграму тощо) вищестоящого органу (органу управління) із вказівкою відмінити торги. Слід звернути увагу, що такий лист не може трактуватися як «непереборна сила», проте мають бути в наявності докази існування реальних форс-мажорних обставин згідно із законодавством.

скорочення видатків на здійснення закупівлі товарів, робіт і послуг.

Коментар

Мається на увазі або скорочення видатків через секвестр бюджету у поточному році та відповідне скорочення фінансування на виконання конкретної державної програми або

зменшення фінансування на утримання конкретного замовника взагалі (наприклад, через зміну структури замовника), що відповідно призводить до перегляду пріоритетів закупівель та пропорційного зменшення обсягів окремих закупівель (зокрема в першу чергу це стосується придбання електроенергії, послуг з водопостачання, водовідведення, канцтоварів, оргтехніки тощо).

Замовник має право визнати торги такими, що не відбулися частково (за лотом).

3. Повідомлення про відміну торгів або визнання їх такими, що не відбулися, оприлюднюється в електронній системі закупівель замовником протягом одного дня з дня прийняття замовником відповідного рішення та автоматично надсилається усім учасникам електронною системою закупівель.

Коментар

Найбільш поширеною причиною відміни торгів є відхилення всіх пропозицій або (для «міжнародних» торгів) допущення до оцінки менше 2-х пропозицій внаслідок невідповідності учасників або їх тендерних пропозицій вимогам, викладеним у тендерній документації. Це відбувається як з вини замовника (через недосконало виписані вимоги щодо надання учасниками відповідних документів), так і у зв'язку з недбалим відношенням учасників до підготовки пропозицій. Значною мірою причиною є також жорсткий формальний підхід, коли помилки в оформленні (не скрізь підписано, порушено черговість змісту матеріалів, щось не завірено печаткою тощо) прирівняні до змістовних помилок і невідповідностей та слугують підставою для відхилення пропозицій.

Стаття 32. Прийняття рішення про намір укласти договір про закупівлю

1. Рішення про намір укласти договір про закупівлю приймається замовником у день визначення переможця, та протягом одного дня після прийняття такого рішення замовник оприлюднює на веб-порталі Уповноваженого органу повідомлення про намір укласти договір та надсилає його переможцю. Усім іншим учасникам електронною системою закупівель автоматично надсилається повідомлення із зазначенням найменування та місцезнаходження переможця торгів.

Коментар:

Поняття «намір укласти договір про закупівлю» запроваджено Законом замість поняття «акцепт пропозиції», який існував відповідно до попереднього законодавства.

З поняттям «наміру укласти договір» пов'язана ціла низка процедурних дій, що є критично важливими для вчасного і правильного вчинення та повинні виконуватися тендерним комітетом замовника у строки, конкретно визначені Законом для кожної процедури закупівлі.

Рішення про намір є дією замовника, що формалізується у 3 кроки:

1) прийняття рішення тендерного комітету (уповноваженої особи) про визнання переможця за результатами оцінки (або переговорів у разі проведення переговорної процедури), що фіксується у протоколі оцінки (форма протоколу встановлена наказом Мінекономрозвитку від 22.03.2013 №490);

2) прийняття рішення про намір укласти договір про закупівлю – в день визначення переможця, таке рішення фіксується у протоколі засідання тендерного комітету (або уповноваженої особи);

3) оприлюднення повідомлення у встановленій формі на веб-порталі (наказ Мінекономрозвитку від 22.03.2013 №490) та надсилання його через електронну систему визначеному переможцю процедури закупівлі протягом 1 дня з дня прийняття вищевказаного рішення про визначення переможця.

Учасник, якого не визнано переможцем торгів за результатами оцінки та розгляду його пропозиції, може звернутися через електронну систему закупівель до замовника з вимогою щодо надання інформації про пропозицію переможця торгів, у тому числі щодо зазначення її переваг порівняно з пропозицією учасника, який надіслав звернення, а замовник зобов'язаний надати йому відповідь не пізніше ніж через п'ять днів з дня надходження такого звернення.

Коментар:

Як і аналогічна норма частини третьої статті 30 Закону, дана норма є складовою виконання зобов'язань за Угодою про Асоціацію з ЄС (аналогічна норма закріплена у статті 41 Директиви 18/2004/ЄС Європейського Парламенту та Ради від 31 березня 2004 року (Офіційний журнал ЄС №L 134, від 30.04.2004, стр. 114–240).

2. Замовник укладає договір про закупівлю з учасником, який визнаний переможцем торгів протягом строку дії його пропозиції, не пізніше ніж через 20 днів з дня прийняття рішення про намір укласти договір про закупівлю відповідно до вимог тендерної документації та пропозиції учасника-переможця. З метою забезпечення права на оскарження рішень замовника договір про закупівлю не може бути укладено раніше ніж через 10 днів з дати оприлюднення на веб-порталі Уповноваженого органу повідомлення про намір укласти договір про закупівлю.

Коментар:

У Законі зафіксовані максимальні та мінімальні строки укладання договору про закупівлю з дня прийняття рішення про намір укласти договір про закупівлю та дати його оприлюднення.

Зокрема, згідно цієї статті Закону, замовник укладає договір про закупівлю з переможцем торгів протягом строку дії його пропозиції, не пізніше, ніж через 20 днів з дня прийняття відповідальними особами замовника (тендерний комітет чи уповноважена особа) рішення про намір укласти договір про закупівлю, але не раніше, ніж через 10 днів з дати оприлюднення на веб-порталі Уповноваженого органу повідомлення про намір укласти договір про закупівлю.

У разі застосування переговорної процедури замовник має право укласти договір про закупівлю за результатами застосування переговорної процедури закупівлі у строк не раніше ніж через 10 днів з дня оприлюднення на веб-порталі Уповноваженого органу повідомлення про намір укласти договір за результатами застосування переговорної процедури закупівлі (п'ять днів - у випадку, передбаченому частиною третьою статті 35 Закону). Максимальний строк укладання договору за переговорною процедурою складає 35 днів.

3. У разі відмови переможця торгів від підписання договору про закупівлю відповідно до вимог тендерної документації або неукладення договору про закупівлю з вини учасника у строк, визначений цим Законом, або ненадання переможцем документів, що підтверджують відсутність підстав, передбачених статтею 17 цього Закону, замовник відхиляє тендерну пропозицію такого учасника та визначає переможця серед тих учасників, строк дії тендерної пропозиції яких ще не минув.

Коментар

У разі, коли після відмови (пасивної (не з'явився на підписання, зник зв'язок) чи активної (учасник-переможець офіційно надіслав відмову від укладення договору)) переможця торгів від підписання договору про закупівлю або, коли переможець не надав підтвердні документи згідно вимог статті 17 Закону, замовник визначає найбільш економічно вигідну пропозицію з тих, строк дії яких ще не минув. Крім цього, він зобов'язаний в подальшому знову дотримуватися вимог частини другої цієї статті Закону, тобто, повторно оприлюднювати повідомлення про намір укласти договір про закупівлю, витримувати 10 денний строк для можливих оскаржень та згодом укладати договір.

Формальною підставою для визначення нового переможця торгів є звернення попереднього переможця, згідно якого він відмовляється від підписання договору, або збігання максимально можливого строку для укладення договору для тендерної процедури - 20 днів з дня прийняття рішення про намір укласти договір про закупівлю -- за відсутності звернення та реальних дій з боку учасника щодо підписання договору.

З огляду на можливість настання таких ситуацій, замовник має у комунікації з визначеним переможцем вказувати конкретний термін укладання договору та вимагати його дотримання від учасника або своєчасного інформування про неможливість укладання договору у встановлений термін з викладенням причин.

Розділ V КОНКУРЕНТНИЙ ДІАЛОГ

Стаття 33. Умови застосування конкурентного діалогу

1. Конкурентний діалог може бути застосовано замовником за таких умов:

замовник не може визначити необхідні технічні, якісні характеристики (специфікації) робіт або визначити вид послуг, і для прийняття оптимального рішення про закупівлю необхідно провести переговори з учасниками;

предметом закупівлі є консультаційні, юридичні послуги, розробка інформаційних систем, програмних продуктів, здійснення наукових досліджень, експериментів або розробок, виконання дослідно-конструкторських, будівельних робіт, визначення вимог до виконання яких потребує переговорів.

Коментар

Конкурентний діалог є аналогом процедури двоступеневих торгів, яка передбачалася попереднім законодавством щодо державних закупівель. Ця процедура передбачає проведення переговорів з учасниками. Метою таких переговорів є підготовка оптимальних технічних, якісних та інших характеристик предмета закупівлі.

Найбільш оптимальною ця процедура є для закупівель, які носять складний, спеціалізований характер, зокрема, будівельних робіт, виконання яких можливе з використанням різних технічних рішень.

Конкурентний діалог згідно частини 1 цієї статті застосовується для закупівлі лише складних робіт і послуг, перерахованих в абзаці 3 частини першої цієї статті.

При цьому, застосування даної процедури можливе у разі наявності одночасно 2-х зазначених умов:

- 1) замовник не може визначити характеристики робіт або послуг і тому потрібні переговори з учасниками;**
- 2) купуються виключно ті роботи і послуги, які перераховані в абзаці третьому частини першої статті 33.**

Важливим наслідком проведення переговорів є коригування тендерної документації із збереженням недискримінаційного підходу до всіх учасників.

Стаття 34. Порядок проведення конкурентного діалогу

1. Інформація про проведення конкурентного діалогу оприлюднюється на веб-порталі Уповноваженого органу відповідно до статті 10 цього Закону за формою, встановленою Уповноваженим органом. Необхідна інформація для участі в торгах зазначається замовником у тендерній документації.

Коментар

Форма інформації (оголошення) про проведення конкурентного діалогу затверджена наказом Мінекономрозвитку від 22.03.2016 № 490.

2. Конкурентний діалог проводиться у два етапи.

На першому етапі всім учасникам пропонується подати тендерну пропозицію, в якій надається інформація про відповідність учасника кваліфікаційним критеріям, вимогам, визначеним замовником у тендерній документації, та опис рішення про закупівлю без зазначення ціни.

Інформація з описом рішення про закупівлю для першого етапу конкурентного діалогу подається в тендерній пропозиції окремим файлом.

У тендерній документації для першого етапу зазначаються критерії оцінки, кваліфікаційні критерії до учасників відповідно до статті 16 цього Закону, вимоги, встановлені статтею 17 цього Закону, та інформація про спосіб документального підтвердження відповідності учасників встановленим критеріям та вимогам згідно із законодавством, пропозиції щодо технічних, якісних та інших характеристик предмета закупівлі, умови поставки, час та місце, у якому виконуватимуться роботи чи надаватимуться послуги.

Строк подання тендерних пропозицій для участі в першому етапі конкурентного діалогу не повинен бути меншим, ніж 30 днів з дня оприлюднення оголошення про проведення конкурентного діалогу на веб-порталі Уповноваженого органу відповідно до статті 10 цього Закону.

Під час розкриття тендерних пропозицій для участі в першому етапі конкурентного діалогу автоматично розкривається вся інформація, зазначена в пропозиціях учасників, крім інформації з описом рішення про закупівлю, що відкривається лише замовнику.

Після розкриття тендерних пропозицій замовник розглядає пропозиції учасників на відповідність вимогам, установам у тендерній документації для першого етапу. Усі учасники, пропозиції яких не було відхилено, запрошуються замовником до переговорів, але не менше ніж три учасники.

Коментар

Звертаємо увагу, що до стадії переговорів замовником має бути допущено не менше, ніж три учасники. На цій стадії не застосовується норма частини першої статті 31 Закону про відміну торгів через допущення до оцінки менше, ніж 2-х пропозицій. Ця норма діє вже на другому етапі конкурентного діалогу після подання пропозицій з цінами.

Замовник проводить переговори з кожним окремо, а також додатково можуть проводитися спільні зустрічі з усіма учасниками. Під час переговорів можуть бути обговорені всі аспекти закупівлі з метою визначення засобів та рішення щодо робіт чи послуги, що плануються закупити. Замовник під час переговорів не має права застосовувати дискримінаційний підхід до різних учасників та розкривати іншим учасникам запропоновані рішення або іншу конфіденційну інформацію, отриману від учасника, який бере участь у переговорах, без його згоди.

Замовник проводить діалог до визначення рішення щодо закупівлі. Після завершення діалогу

замовник вносить зміни до тендерної документації щодо технічних вимог та вимог до якості предмета закупівлі чи визначає нові характеристики предмета закупівлі згідно з цим Законом та запрошує всіх учасників, які брали участь у діалозі, взяти участь у другому етапі.

Коментар

У цій статті безпосередні переговори віч-на-віч (проте з обов'язковою фіксацією перебігу переговорів у протоколі в довільній формі) між замовником і з кожним з учасників і є змістом та способом діалогу.

Слід також зазначити, що попри суттєву подібність між процедурами конкурентного діалогу та її попередниці процедури двоступеневих торгів, між ними існує одна суттєва відмінність: абзац 9 частини другої статті 34 нового Закону вимагає перед другим етапом процедури вносити зміни до тендерної документації та зміни лише в частині технічних специфікацій і якості предмета закупівлі, тоді як у попередньому законі зміни вносити було необов'язково (це було право замовника) та крім того дозволялося змінювати критерії оцінки.

Такі більш жорсткі норми максимально наблизили процедуру конкурентного діалогу до її аналога в ЄС, як власне цю ж мету переслідувала зміна назви процедури з «двоступеневих торгів» на «конкурентний діалог».

На другому етапі учасники повинні подати остаточні тендерні пропозиції із зазначенням ціни. Строк подання тендерних пропозицій на другому етапі становить не менше 15 днів з дня отримання запрошення взяти участь у другому етапі. Розгляд та оцінка пропозицій учасників на другому етапі здійснюються відповідно до статті 28 цього Закону.

З учасником процедури закупівлі, якого визначено переможцем, замовник укладає договір про закупівлю згідно з вимогами цього Закону.

Розділ VI

ПЕРЕГОВОРНА ПРОЦЕДУРА ЗАКУПІВЛІ

Стаття 35. Умови застосування переговорної процедури закупівлі

1. Переговорна процедура закупівлі - це процедура, що використовується замовником як виняток і відповідно до якої замовник укладає договір про закупівлю з учасником після проведення переговорів з одним або кількома учасниками.

Замовник під час проведення переговорів вимагає від учасника подання ним підтвердженої документально інформації про відповідність учасника кваліфікаційним вимогам відповідно до статті 16 цього Закону.

Коментар:

Замовники мають усвідомлювати, що застосування переговорної процедури закупівлі, фактично, є виключенням із загально прийнятих конкурентних процедур, яке особливо уважно відслідковується чисельними державними і громадськими моніторами та контролерами, а тому, в будь-якому випадку замовник, при підготовці обґрунтувань щодо застосування вказаної процедури має посилатися на експертні, нормативні, технічні та інші документи, що підтверджують наявність підстав для її застосування.

Необхідними складовими застосування і проведення переговорної процедури закупівлі є наступні:

1) наявність документально підтвердженої підстави для застосування, виключний перелік яких визначений частиною другою статті 35 Закону, що підтверджують винятковість ситуації щодо неможливості застосувати іншу, конкурентну, процедуру закупівлю.

У частині другій цієї статті перераховано 7 виключних випадків застосування переговорної процедури закупівлі. Підтвердні документи щодо факту настання таких випадків залежать від кожного випадку і конкретної ситуації та потрібні замовнику для обґрунтування правильності вибору даної процедури закупівлі у випадку оскарження, контрольних заходів і перевірок контролюючих і правоохоронних органів, а також для майбутніх аналогічних випадків;

2) обов'язковість оприлюднення рішення про намір укласти договір;

(тобто законом вже не передбачено оприлюднення оголошення про проведення переговорної процедури закупівлі).

3) необхідність проведення переговорів (один або декілька раундів з їх фіксацією у протоколі у довільній формі) з єдиною можливим або з декількома учасниками для вибору найоптимальнішого варіанту умов договору.

Закон не обмежує право замовника проводити переговори як до прийняття рішення про застосування процедури як точки відліку (що теж фіксується у протоколі відповідного засідання тендерного комітету чи рішенні уповноваженої особи), так і згодом. після такого рішення.

Протоколи переговорів оформлюються в довільній загальноприйнятій у діловодстві формі.

4) підтвердження відповідності учасника, з яким укладається договір, кваліфікаційним критеріям відповідно до статті 16 Закону;

Інформація про відповідність кваліфікаційним вимогам, передбачена статтею 16 Закону, надається учасником (усіма учасниками у разі проведення переговорів з кількома учасниками) на обов'язкову за Законом вимогу замовника, що може здійснюватись у відповідь на письмовий запит замовника, у якому замовник заявляє про початок переговорів і прохання надати кваліфікаційні документи.

Учасник надсилає їх або надає під час переговорної зустрічі з замовником. У такому випадку, в запиті доцільно встановити спосіб визначення відповідності учасника кваліфікаційним критеріям. Також, в запиті повинна міститись інформація, необхідна учаснику для формування ціни.

Виходячи з принципу правової аналогії, подання інформації про відповідність учасника кваліфікаційним вимогам у разі переговорної процедури закупівлі, в порівнянні з процедурами торгів у часовому вимірі, повинно мати місце до визначення замовником переможця за переговорною процедурою.

Слід зазначити, що кваліфікаційні критерії не встановлюються і відповідна інформація про відповідність не вимагається у разі придбання нафти, нафтопродуктів сирих, електричної енергії, послуг з її передачі та розподілу, централізованого постачання теплової енергії, послуг поштового зв'язку, поштових марок та маркованих конвертів, телекомунікаційних послуг, у тому числі з трансляції радіо- та телесигналів, послуг з централізованого водопостачання та водовідведення, послуг з перевезення залізничним транспортом загального користування.

При цьому, в будь-якому випадку вимоги статті 17 не застосовуються.

5) додержання процедурних строків укладання договору.

Стаття 35 Закону передбачає:

мінімальний строк для укладання договору про закупівлю за результатами застосування переговорної процедури закупівлі, що становить не менше ніж через 10 днів (п'ять днів - у разі застосування переговорної процедури закупівлі з підстав, визначених пунктом 3 частини другої цієї статті, а також у разі закупівлі нафти, нафтопродуктів сирих, електричної енергії, послуг з її передачі та розподілу, централізованого постачання теплової енергії, централізованого постачання гарячої води, послуг з централізованого опалення, послуг поштового зв'язку, поштових марок та маркованих конвертів, 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 на веб-порталі Уповноваженого органу повідомлення про намір укласти договір за результатами застосування переговорної процедури закупівлі;

максимальний строк для укладання договору про закупівлю - 35 днів (20 днів - у разі застосування переговорної процедури закупівлі з підстав, визначених пунктом 3 частини другої 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, послуг поштового зв'язку, поштових марок та маркованих конвертів, 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 на веб-порталі Уповноваженого органу повідомлення про намір укласти договір за результатами застосування переговорної процедури закупівлі.

Звіт про результати проведення процедури формується електронною системою автоматично.

2. Переговорна процедура закупівлі застосовується замовником як виняток у разі:

1) закупівлі творів мистецтва або закупівлі, пов'язаної із захистом прав інтелектуальної власності, або укладення договору про закупівлю з переможцем архітектурного чи мистецького конкурсу;

Коментар:

Відповідно до статті 8 Закону України «Про авторське право і суміжні права» об'єктами авторського права є твори у галузі науки, літератури і мистецтва, а саме:

1) літературні письмові твори белетристичного, публіцистичного, наукового, технічного або іншого характеру (книги, брошури, статті тощо);

2) виступи, лекції, промови, проповіді та інші усні твори;

3) комп'ютерні програми;

4) бази даних;

5) музичні твори з текстом і без тексту;

6) драматичні, музично-драматичні твори, пантоміми, хореографічні та інші твори, створені для сценічного показу, та їх постановки;

7) аудіовізуальні твори;

8) твори образотворчого мистецтва;

9) твори архітектури, містобудування і садово-паркового мистецтва;

10) фотографічні твори, у тому числі твори, виконані способами, подібними до фотографії;

11) твори ужиткового мистецтва, у тому числі твори декоративного ткацтва, кераміки, різьблення, ливарства, з художнього скла, ювелірні вироби тощо;

12) ілюстрації, карти, плани, креслення, ескізи, пластичні твори, що стосуються географії, геології, топографії, техніки, архітектури та інших сфер діяльності;

13) сценічні обробки творів, зазначених у пункті 1 цієї частини, і обробки фольклору, придатні для сценічного показу;

14) похідні твори;

15) збірники творів, збірники обробок фольклору, енциклопедії та антології, збірники звичайних даних, інші складені твори за умови, що вони є результатом творчої праці за добором, координацією або упорядкуванням змісту без порушення авторських прав на твори, що входять до них як складові частини;

16) тексти перекладів для дублювання, озвучення, субтитрування українською та іншими мовами іноземних аудіовізуальних творів;

17) інші твори.

Відповідно до Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі» об'єктом винаходу (корисної моделі), правова охорона якому (якій) надається згідно з цим Законом, може бути:

продукт (пристрій, речовина, штам мікроорганізму, культура клітин рослини і тварини тощо);

процес (спосіб), а також нове застосування відомого продукту чи процесу.

Звертаємо увагу, що відповідно до частини другої статті 11 Закону України «Про

авторське право і суміжні права», авторське право на твір виникає внаслідок факту його створення. Для виникнення і здійснення авторського права не вимагається реєстрація твору чи будь-яке інше спеціальне його оформлення, а також виконання будь-яких інших формальностей.

Однак, для наявності належного обґрунтування наявності цієї підстави для застосування переговорної процедури замовнику рекомендується вимагати від учасників оформлення свідоцтва про реєстрацію в установленому законодавством порядку.

Відповідно до частини п'ятої статті 11 Закону України «Про авторське право і суміжні права» свідоцтво про реєстрацію авторського права на твір видається центральним органом виконавчої влади, що реалізує державну політику у сфері інтелектуальної власності (Державна служба інтелектуальної власності України). Цим же органом, відповідно до Закону України «Про охорону прав на винаходи і корисні моделі», видаються патенти на винаходи і корисні моделі.

Таким чином, підтвердженням наявності цієї підстави є документи, що свідчать про необхідність закупівлі саме певного предмета закупівлі, який є об'єктом авторського права чи об'єктом інтелектуальної власності, що охороняється патентом та наявність в учасника свідоцтва про реєстрацію авторського права на твір, патенту на винахід, які є предметами закупівлі.

Додатковими підтвердженнями щодо творів мистецтва з точки зору художньої цінності та унікальності можуть бути експертні висновки профільних навчальних закладів мистецтва, самоврядних об'єднань (академій, спілок) митців.

Проведення архітектурного конкурсу передбачено у Законі України «Про архітектурну діяльність» а відповідний Порядок проведення архітектурних та містобудівних конкурсів, затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 25 листопада 1999 року № 2137.

Відповідно до цього порядку документами, що підтверджують проведення конкурсу з визначенням переможця та відповідно обґрунтування даної підстави для застосування переговорної процедури закупівлі, є такі:

- рішення замовника конкурсу про утворення журі;*
- протокол про підсумки конкурсу, підписаний головою і секретарем журі;*
- рішення журі про розподіл премій та інших видів заохочень.*

Натомість, проведення мистецького конкурсу наразі не врегульовано жодним нормативним актом. За таких умов, порядок проведення мистецького конкурсу має регулюватись актом замовника-ініціатора такого конкурсу і, керуючись аналогією, доцільно, щоб підтвердні документи про проведення такого конкурсу теж включали в себе рішення замовника конкурсу про його проведення із зазначенням положення про створення конкурсної комісії (журі) та його складу, протокол відповідної конкурсної комісії (журі) щодо результатів конкурсу, із зазначенням інформації про учасників конкурсу, їх оцінку та вибір переможця.

2) відсутності конкуренції (у тому числі з технічних причин) на відповідному ринку, внаслідок чого договір про закупівлю може бути укладено лише з одним постачальником, за відсутності при цьому альтернативи;

Коментар:

Найбільш популярна підстава застосування переговорної процедури закупівлі та, одночасно, найбільш суперечлива з точки зору доведення обґрунтованості її застосування. Більш об'єктивним вважається документальне обґрунтування, що базується на зовнішніх нормативно-технічних актах (документах), прийнятих та/або затверджених компетентним органом відповідно до законодавства.

Підтвердженням наявності цієї підстави може бути включення учасника до переліку суб'єктів природних монополій, який розміщений на веб-порталі АМКУ. Крім цього, при підготовці обґрунтування замовнику доцільно посилатись також на наявні законодавчі акти чи листи АМКУ, які підтверджують статус учасника як монополіста.

Зокрема, як приклад, можна привести обґрунтування щодо застосування переговорної процедури закупівлі поштових послуг (пересилання письмової кореспонденції з оплатою шляхом нанесення відтиску державного знаку маркувальної машини). В якості документів, що підтверджують наявність підстави, замовником приведено: закон України «Про природні

монополії», електронний Витяг з Переліку суб'єктів природних монополій м. Києва, розпорядження Голови Київського міського територіального відділення Антимонопольного комітету України «Про затвердження переліку суб'єктів природних монополій», лист Київського міського територіального відділення Антимонопольного комітету України.

Складніше, коли потенційний учасник не є монополістом у певній сфері, однак, зважаючи на специфіку предмета закупівлі та можливі економічні переваги від закупівлі у певного учасника є доцільним застосувати переговорну процедуру.

В таких випадках замовнику необхідно ретельно підготувати обґрунтування застосування процедури та підтвердити цю підставу певними технічними документами чи експертними висновками. Інакше, у замовника можуть бути проблеми у разі здійснення перевірки переговорної процедури закупівлі контролюючими органами.

При цьому, слід наголосити, що саме у випадку використання експертних висновків найбільш вагомий акцент має робитись на обґрунтуванні відсутності альтернативи певному постачальнику (виконавцю) з незалежних від замовника причин або незалежно від його дій чи бездіяльності.

3) нагальної потреби у здійсненні закупівлі у зв'язку з виникненням особливих економічних чи соціальних обставин, що унеможливають дотримання замовниками строків для проведення тендеру, а саме пов'язаних з негайною ліквідацією наслідків надзвичайних ситуацій, а також наданням у встановленому порядку Україною гуманітарної допомоги іншим державам. Застосування переговорної процедури закупівлі в таких випадках здійснюється за рішенням замовника щодо кожної процедури;

Коментар:

Можливість застосування переговорної процедури за цією підставою обмежена виключно випадками, пов'язаними з виникненням особливих економічних чи соціальних обставин, а саме. пов'язаних з негайною ліквідацією наслідків надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру, з особливим періодом, а також, наданням у встановленому порядку Україною гуманітарної допомоги іншим державам.

Тобто, на відміну від поширеної в минулому практики застосування підстави «нагальна потреба» для здійснення закупівель наприкінці року з обґрунтуванням не можливості застосування конкурентної процедури через пізнє виділення додаткового фінансування або відсутності часу для проведення повторної процедури - теперішня редакція цієї норми, наразі, не дає такої можливості замовникам.

Підтвердними документами для застосування цієї підстави можуть бути розпорядчі документи відповідних державних органів чи органів місцевого самоврядування, що підтверджують настання надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру; рішення органів влади про оголошення особливого періоду та нормативно-правові акти вищезазначених органів, в яких визначається номенклатура продукції та перелік робіт чи послуг, закупівля яких пов'язаних з особливим періодом; рішення Президента України чи Верховної Ради України про надання гуманітарної допомоги іншим державам.

В частині надзвичайних ситуацій техногенного і природного характеру діяльність держави регулюється низкою актів законодавства, основним з яких, в даному випадку, є Закон України «Про захист населення і територій від надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру», який власне у статті 1 і дає визначення поняттю «надзвичайна ситуація техногенного та природного характеру». Стаття 7 цього Закону визначає різні види і рівні надзвичайних ситуацій, які при цьому всі разом охоплюються формулюванням, зазначеним у статті 35 Закону про публічні закупівлі. Порядок класифікації надзвичайних ситуацій техногенного та природного характеру затверджений постановою Кабінету Міністрів України від 24 березня 2004 року № 368.

4) якщо замовником було двічі відмінено тендер через відсутність достатньої кількості учасників, при цьому предмет закупівлі, його технічні та якісні характеристики, а також вимоги до учасника не повинні відрізнятися від вимог, що були визначені замовником у тендерній документації;

Коментар:

Достатньою кількістю учасників для конкурентної процедури є 2 учасника. Тобто, якщо на участь в торгах двічі було подано одну пропозицію чи пропозицій взагалі не надійшло, замовник має право застосувати переговорну процедуру на цій підставі.

Інші випадки повторної відміни торгів чи визнання їх недійсними замовником, передбачені статтею 31 Закону, та відміна торгів внаслідок їх оскарження в Органі оскарження чи в судовому порядку не можуть бути підставами для застосування переговорної процедури закупівлі.

Підтвердженням наявності підстав для застосування переговорної процедури є звітні документи замовника, пов'язані із застосуванням конкурентних процедур (оголошення про проведення, протокол розкриття, протокол оцінки, звіт про результати проведення процедури закупівлі, протоколи засідань тендерного комітету, рішення уповноваженої особи).

5) потреби здійснити додаткову закупівлю в того самого постачальника з метою уніфікації, стандартизації або забезпечення сумісності з наявними товарами, технологіями, роботами чи послугами, якщо заміна попереднього постачальника (виконавця робіт, надавача послуг) може призвести до несумісності або виникнення проблем технічного характеру, пов'язаних з експлуатацією та обслуговуванням;

Коментар:

Підстава застосовується виключно у разі можливості документального підтвердження факту уніфікації, стандартизації або забезпечення сумісності з уже наявними у замовника товарами, технологіями, роботами чи послугами.

При цьому, необхідно враховувати, що уніфікація -- це найпоширеніший і найбільш ефективний метод стандартизації, який передбачає приведення об'єктів до однотипності на основі встановлення раціонального числа їх різновидів.

Під уніфікацією розуміється поширений і ефективний метод усунення зайвого різноманіття продукції за допомогою скорочення переліку допустимих елементів і рішень, приведення їх до однотипності.

Правові та організаційні засади стандартизації в Україні регулюються Законом України «Про стандартизацію» та підзаконними актами, розробленими на його виконання.

У разі, якщо державні закупівлі проводяться в цілях стандартизації товарів, робіт, послуг, то необхідно враховувати, що якщо за підсумками раніше проведених торгів визначено переможця за найменшою ціною, але при цьому було більш ніж 2 учасники (пропозиції яких повністю відповідали кваліфікаційним та вимогам), то даний вид товару, роботи, послуги може бути виготовлений або поставлений яким-небудь іншим постачальником за відповідними технічними характеристиками.

В такому випадку, закупівлі за переговорною процедурою в цілях стандартизації здійснювати, як правило, не доцільно, так як при цьому не буде дотриманий принцип недискримінації при проведенні закупівель.

В обґрунтування застосування процедури за цієї підставою, крім відповідних експертних висновків, мають бути включені документи, що підтверджують проведення попередньої конкурентної процедури за тим же предметом закупівель, зокрема звіту про результати процедури закупівлі.

У зв'язку з цим, випадок додаткової закупівлі має належним чином документально обґрунтуватись щодо двох ключових питань:

- чи дійсно є об'єктивна необхідність (вимушена потреба, ризик ігнорування якої може завдати замовнику значних проблем, збитків, ушкоджень) для додаткового обсягу раніше закупленого предмета закупівлі;

- чи дійсно з технічних причин попередній постачальник (виконавець) не може бути замінений іншим.

б) необхідності проведення додаткових будівельних робіт, не зазначених у початковому проекті, але які стали через непередбачувані обставини необхідними для виконання проекту за сукупності таких умов: договір буде укладено з попереднім виконавцем цих робіт, такі роботи технічно чи економічно пов'язані з головним (первинним) договором; загальна вартість додаткових робіт не перевищує 50 відсотків вартості головного (первинного) договору;

Коментар:

Ця підстава має застосовуватися з урахуванням всіх обставин, що призвели до виникнення непередбачуваних обставин та існуючої нормативно-правової бази, що регулює будівельну сферу.

Обґрунтування застосування процедури за цією підставою має містити відповідні експертні висновки проектної організації, проектно-кошторисну документацію, з урахуванням внесених змін до обсягів робіт, звіт про результати проведення попередньої процедури, розрахунок вартості додаткових робіт, який не повинен перевищувати 50 відсотків головного (первинного) договору.

Таким чином, належне додержання даної норми передбачає наявність таких умов:

- підтвердження необхідності проведення додаткових будівельних робіт, не включених у початковий проект, але які стали через непередбачувані обставини необхідними для виконання проекту.

Таке документальне підтвердження, зазвичай, надається замовнику розробником проекту на об'єкт будівництва. При цьому, важливо у цьому документальному підтвердженні підтвердити не лише необхідність додаткових робіт, а також факт непередбачуваних обставин, які виникли не з вини замовника та зумовили необхідність цих робіт для виконання проекту в цілому.

- підтвердження пов'язаності (з технічних чи економічних причин) додаткових робіт з головним договором, що у свою чергу підтверджує необхідність укладення договору з існуючим виконавцем робіт за головним договором.

Тобто, характер додаткових робіт має підтверджувати їх пряму пов'язаність з головним договором в силу причин технічного характеру (наприклад, необхідність підвищення і посилення фундаменту внаслідок несподіваного підйому горизонту підземних вод) або економічного характеру (вартість додаткових робіт включена до вартості проекту будівництва, без виконання додаткових робіт неможливо забезпечити введення в експлуатацію об'єкту будівництва, що передбачено головним договором), а це, в свою чергу, підтверджує необхідність виконання цих додаткових робіт саме існуючим виконавцем. Ці обставини теж зазначаються у вказаному вище зовнішньому документальному підтвердженні (експертний висновок тощо) щодо необхідності додаткових робіт. Також, доцільно у ньому ж зазначити технічну і професійну спроможність існуючого виконавця за головним (основним) договором виконати ці додаткові роботи.

Слід пам'ятати, що частина четверта статті 36 не передбачає збільшення обсягу закупівлі після укладення договору про закупівлю. Отже, рішення про закупівлю додаткових робіт має прийматися окремо і, в залежності від очікуваної вартості додаткових робіт, здійснюватися або із застосуванням переговорної процедури закупівлі (за наявності відповідних обставин), або шляхом укладання прямого договору з виконавцем.

7) закупівлі юридичних послуг, пов'язаних із захистом прав та інтересів України, у тому числі з метою захисту національної безпеки і оборони, під час врегулювання спорів, розгляду в закордонних юрисдикційних органах справ за участю іноземного суб'єкта та України, на

підставі рішення Кабінету Міністрів України або введених в дію відповідно до закону рішень Ради національної безпеки і оборони України.

Коментар:

Основними підтвердними документами наявності цієї підстави є рішення Кабінету Міністрів України або Ради національної безпеки і оборони України, які зобов'язують замовника здійснити закупівлі юридичних послуг, пов'язаних із захистом прав та інтересів України.

Як приклад можна привести розпорядження Кабінету Міністрів України від 25 червня 2014 року № 595-р «Деякі питання закупівлі юридичних послуг у 2014 році». Відповідно до пункту 2 зазначеного розпорядження Міністерству юстиції України дозволяється здійснити закупівлю юридичних послуг, пов'язаних із захистом прав та інтересів України під час розгляду у закордонних юрисдикційних органах справ за участю іноземного суб'єкта та України, із застосуванням переговорної процедури закупівлі.

Аналогічно, у поточному році, КМУ затверджено розпорядження від 22 вересня 2016 року № 679-р «Про застосування переговорної процедури закупівлі», згідно якого надано дозвіл Мінекономрозвитку здійснити закупівлю юридичних послуг, пов'язаних із захистом прав та інтересів України, із застосуванням переговорної процедури закупівлі відповідно до пункту 7 частини другої статті 35 Закону України «Про публічні закупівлі»:

у справі DS 499 «Російська Федерація - Заходи щодо імпорту залізничного рухомого складу, стрілочних переводів та іншого залізничного обладнання»;

у зв'язку з численними обмеженнями транзиту з території України через територію Російської Федерації у треті країни;

у зв'язку із застосуванням Російською Федерацією обмежувальних заходів щодо імпорту продукції походженням з України.

3. За результатами проведених переговорів з учасником (учасниками) замовник приймає рішення про намір укласти договір. Повідомлення про намір укласти договір обов'язково безоплатно оприлюднюється на веб-порталі Уповноваженого органу протягом одного дня після прийняття рішення та повинно містити:

найменування та місцезнаходження замовника;

найменування, кількість товару та місце його поставки, вид робіт і місце їх виконання або вид послуг та місце їх надання;

строки поставки товарів, виконання робіт, надання послуг;

найменування, місцезнаходження та контактні телефони учасника (учасників), з яким проведено переговори;

ціну пропозиції;

обґрунтування застосування переговорної процедури.

Замовник має право укласти договір про закупівлю за результатами застосування переговорної процедури закупівлі у строк не раніше ніж через 10 днів (п'ять днів - у разі застосування переговорної процедури закупівлі з підстав, визначених пунктом 3 частини другої 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, послуг

поштового зв'язку, поштових марок та маркованих конвертів, 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 на веб-порталі Уповноваженого органу повідомлення про намір укласти договір за результатами застосування переговорної процедури закупівлі.

Коментар:

Форма повідомлення про намір укласти договір затверджена наказом Мінекономрозвитку від 22.03.2016 №490.

4. Переговорна процедура закупівлі відміняється замовником у разі:

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

Коментар

Це, переважно, встановлюється за результатами розгляду скарг в АМКУ.

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

Коментар

Це може бути встановлено як за результатами розгляду скарг в АМКУ, так і за власним рішенням замовника.

відсутності подальшої потреби в закупівлі товарів, робіт і послуг;

скорочення видатків на здійснення закупівлі товарів, робіт і послуг;

Див. Коментар до статті 31

непідписання учасником договору про закупівлю у строк 35 днів (20 днів - у разі застосування переговорної процедури закупівлі з підстав, визначених пунктом 3 частини другої 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, послуг поштового зв'язку, поштових марок та маркованих конвертів, 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 на веб-порталі Уповноваженого органу повідомлення про намір укласти договір за результатами застосування переговорної процедури закупівлі.

Коментар

Саме ця норма містить максимальний строк укладення договору за переговорною процедурою.

Переговорна процедура закупівлі може бути відмінена замовником частково (за лотом).

Коментар:

Ця частина містить виключний перелік підстав для відміни переговорної процедури.

Тобто, у разі, коли після проведення остаточних переговорів замовник і учасник не

досягли згоди щодо всіх істотних умов договору про закупівлю, чи учасник відмовляється від підписання договору вже після оприлюднення рішення про намір укласти договір, замовник для відміни процедури вимушений буде у причинах для відміни вказувати одну із підстав, передбачених частиною 4 цієї статті Закону.

Розділ VII

ДОГОВІР ПРО ЗАКУПІВЛЮ

Стаття 36. Основні вимоги до договору про закупівлю

1. Договір про закупівлю укладається відповідно до норм Цивільного кодексу України та Господарського кодексу України з урахуванням особливостей, визначених цим Законом.

Коментар:

Відповідно до абзацу першого частини першої статті 638 Цивільного кодексу України договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди.

Включення Замовником певних умов у проект договору є, виходячи з абзацу першого частини першої статті 638 Цивільного кодексу України, тими умовами, щодо яких за заявою Замовника має бути досягнуто згоди.

Отже, якщо учасник подав тендерну пропозицію у якій погодився з проектом договору і був визнаний переможцем процедури закупівлі, такий учасник повинен укласти договір про закупівлю, зміст якого не повинен суперечити включеному до тендерної документації проекту договору про закупівлю.

Крім цього, існує категорія договорів, істотні умови щодо яких визначені нормативно-правовими актами, а отже не повинні ним суперечити.

Наприклад, постановою КМУ від 01.08.2005 № 668 затверджені Загальні умови укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві (далі-Загальні умови).

Відповідно до пункту першого Загальних умов, вони визначають порядок укладення та виконання договорів підряду на проведення робіт з нового будівництва, реконструкції будівель і споруд та технічного переоснащення діючих підприємств (далі - капітальне будівництво об'єктів), а також комплексів і видів робіт, пов'язаних із капітальним будівництвом об'єктів.

Згідно з пунктом другим Загальних умов, Загальні умови є обов'язковими для врахування під час укладення та виконання договорів підряду в капітальному будівництві незалежно від джерел фінансування робіт, а також, форми власності замовника та підрядника (субпідрядників).

Крім цього, певні особливості щодо договорів визначені Законом «Про зовнішньоекономічну діяльність», «Про науково-технічну діяльність», «Про авторське право і суміжні права», «Про державне оборонне замовлення» та деякі інші.

Особливістю укладання договорів про закупівлю, за результатами застосування переговорної процедури закупівлі, є відсутність у статті 35 Закону про публічні закупівлі чіткої вимоги щодо обов'язку замовника погоджувати з учасником (учасниками) під час переговорів проекту договору.

Відповідно до частини третьої статті 631 ЦКУ сторони можуть встановити, що умови договору застосовуються до відносин між ними, які виникли до його укладення.

Згідно з частиною сьомою статті 180 ГКУ на зобов'язання, що виникли у сторін до укладення ними господарського договору, не поширюються умови укладеного договору, якщо договором не передбачено інше.

Разом з цим, застосування цієї норми можливе лише у разі, коли сторони договору мають відносини ще до моменту його укладення.

Водночас, договір про закупівлю, згідно положень Закону, укладається за результатами проведення процедур закупівель. При цьому, тендерні процедури передбачають здійснення

конкурентного відбору учасників з метою визначення переможця торгів. Тобто, замовник не може заздалегідь домовлятися з певним суб'єктом господарювання до моменту визначення його переможцем торгів.

Єдиною процедурою, яка передбачає укладання договору без здійснення конкурсного відбору є переговорна процедура.

Виходячи з викладеного, лише у разі укладання договору за результатами переговорної процедури сторони можуть встановити, що умови договору застосовуються до відносин між ними, які виникли до його укладення.

ЦКУ передбачені вимоги щодо форми укладення договору. Зокрема, згідно частини другої статті 639 Цивільного кодексу: «якщо сторони домовилися укласти договір у певній формі, він вважається укладеним з моменту надання йому цієї форми, навіть якщо законом ця форма для даного виду договорів не вимагалася».

Якщо сторони домовилися укласти договір за допомогою інформаційно-телекомунікаційних систем, він вважається укладеним у письмовій формі.

Відповідно до частини четвертої статті 639 ЦКУ «якщо сторони домовилися про нотаріальне посвідчення договору, щодо якого законом не вимагається нотаріальне посвідчення, такий договір є укладеним з моменту його нотаріального посвідчення».

Відповідно до частини першої статті 640 ЦКУ договір є укладеним з моменту одержання особою, яка направила пропозицію укласти договір, відповіді про прийняття цієї пропозиції.

Крім цього, необхідно враховувати частину третю статті 640 ЦКУ, згідно якої Договір, що підлягає нотаріальному посвідченню, є укладеним з дня такого посвідчення.

Однак, звертаємо увагу, що висування вимоги про нотаріальне посвідчення договору про закупівлі є виключно правом, а не обов'язком замовника.

Як вже зазначалося (див. Коментар до пункту 5 статті 1), на відміну від попереднього Закону про держзакупівлі, цей Закон не вимагає виключно письмового оформлення договорів про закупівлю, що допускає можливість укладення договорів про закупівлю в електронній формі, у разі готовності до цього контрагентів.

2. Учасник - переможець процедури закупівлі під час укладення договору повинен надати дозвіл або ліцензію на провадження певного виду господарської діяльності, якщо отримання такого дозволу або ліцензії на провадження такого виду діяльності передбачено законодавством.

Коментар:

Питання щодо подання діючої ліцензії та своєчасного переоформлення ліцензії, у разі закінчення її дії протягом строку виконання договору, доцільно зазначати в проекті договору або основних умовах договору про закупівлю, які є складовою документації конкурсних торгів.

Статтею 9 Закону України «Про ліцензування певних видів господарської діяльності» (далі - Закон про ліцензування) встановлено види господарської діяльності, які підлягають ліцензуванню.

Відповідно до частини другої статті 2 Закону про ліцензування, види господарської діяльності, не передбачені у статті 9 цього Закону, не підлягають ліцензуванню.

3. Забороняється укладання договорів, що передбачають оплату замовником товарів, робіт і послуг до/без проведення процедур закупівель, крім випадків, передбачених цим Законом.

Коментар:

Зазначена норма є актуальною враховуючи, запровадження Законом нового підходу у визначенні поняття «замовник». Деякі суб'єкти господарської діяльності «можуть продовжувати» укладати договори про закупівлю з перевищенням вартісних меж, встановлених

частиною першою статті 2 Закону, без проведення процедур закупівель.

Наслідками укладення замовниками договорів про закупівлю товарів, робіт чи послуг до/без проведення процедур закупівель є:

- недопущення ДКСУ та її територіальними органами здійснення платежів з рахунка замовника, згідно з узятим фінансовим зобов'язанням (для бюджетників чи одержувачів бюджетних коштів, які уклали договір за рахунок отриманих на цю мету бюджетних коштів) у зв'язку з відсутністю встановлених законодавством вимогам необхідних документів, передбачених цим Законом (частина друга статті 7 Закону);*
- визнання у судовому порядку недійсними договорів, укладених замовниками до/без проведення процедур закупівель;*
- притягнення посадових осіб замовника до відповідальності, яка передбачена законодавством України за укладання договорів, які передбачають оплату замовником товарів, робіт і послуг до/без проведення процедур закупівель.*

4. Умови договору про закупівлю не повинні відрізнятися від змісту тендерної пропозиції за результатами аукціону (у тому числі ціни за одиницю товару) переможця процедури закупівлі або ціни пропозиції учасника у разі застосування переговорної процедури. Істотні умови договору про закупівлю не можуть змінюватися після його підписання до виконання зобов'язань сторонами в повному обсязі, крім випадків:

Коментар:

Згідно статті 638 ЦКУ договір є укладеним, якщо сторони в належній формі досягли згоди з усіх істотних умов договору. Істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнуто згоди.

Відповідно до пункту 7 частини другої статті 22 Закону тендерна документація повинна містити проект договору про закупівлю з обов'язковим зазначенням порядку змін його умов.

У цій частині Закону визначений виключний перелік підстав для зміни умов договору, посилання на які має бути зазначено у тендерній документації.

Згідно з роз'ясненням Мінекономрозвитку від 27.10.2016 № 3302-06/34307-06 декілька підстав не можуть застосовуватися одночасно, оскільки можуть призвести до зміни істотних умов договору у не передбачених Законом випадках.

1) зменшення обсягів закупівлі, зокрема з урахуванням фактичного обсягу видатків замовника;

Коментар:

У разі зменшення обсягів закупівлі ціна договору про закупівлю зменшується в залежності від зміни таких обсягів.

2) зміни ціни за одиницю товару не більше ніж на 10 відсотків у разі коливання ціни такого товару на ринку за умови, що зазначена зміна не призведе до збільшення суми, визначеної в договорі;

Коментар:

Зміна ціни за одиницю товару не більше, ніж на 10 відсотків, не повинна призвести до збільшення суми, визначеної в договорі. Тобто, йдеться про збільшення ціни за одиницю без збільшення загальної вартості. У цьому випадку для того, щоб дотриматися вимоги щодо не допущення збільшення загальної суми договору, замовнику необхідно здійснити пропорційне зменшення обсягу закупівлі товару.

Для прийняття такого рішення у замовника повинні бути обґрунтовані підстави, зокрема надані постачальником підтвердження (довідка, експертний висновок) компетентних органів (установ, організацій) про підвищення цін на ринку відповідної продукції.

Згідно з роз'ясненням Мінекономрозвитку від 27.10.2016 № 3302-06/34307-06 сторони можуть унести такі зміни декілька разів до договору про закупівлю, в залежності від коливання

ціни такого товару на ринку. При цьому, у разі коливання ціни товару на ринку кожна зміна за одиницю такого товару не може перевищувати 10 відсотків, визначеної в договорі про закупівлю ціни за одиницю товару з урахуванням змін, внесених до нього (за наявності) та за умови, що зазначена зміна не призведе до збільшення суми, визначеної в договорі.

Разом з цим, внесення таких змін до договору про закупівлю повинно бути документально підтвердженим.

Одним з органів який може надати таке підтвердження є Держстат.

3) покращення якості предмета закупівлі за умови, що таке покращення не призведе до збільшення суми, визначеної в договорі.

Коментар:

Згідно з роз'ясненням Мінекономрозвитку від 27.10.2016 № 3302-06/34307-06 сторони можуть внести зміни до договору у випадку покращення якості предмета закупівлі, за умови, що така зміна не призведе до зміни предмета закупівлі, визначеного в тендерній документації в частині встановлених вимог та функціональних характеристик предмета закупівлі і є покращенням його якості.

В економічній літературі якість визначається «як сукупність властивостей продукції, які обумовлюють її здатність задовольняти певні потреби відповідно до її призначення».

Відповідно до статті 268 Господарського кодексу України якість товарів, що поставляються, повинна відповідати стандартам, технічним умовам, іншій технічній документації, яка встановлює вимоги до їх якості, або зразкам (еталонам), якщо сторони не визначать у договорі більш високі вимоги до якості товарів.

Відповідно до положень ДСТУ «Системи управління якістю. Основні положення та словник термінів» замовники вимагають продукцію, характеристики якої задовольняють їхні потреби та очікуванням. Ці потреби та очікування оформлюють у формі технічних умов на продукцію і, загалом, називають вимогами замовників.

Вимоги замовників в подальшому зазначаються у договорі. З огляду на вимоги Закону про незмінність умов контракту після підписання, покращення якості має відбуватися, як виняток, у разі зміни технічних регламентів у період дії договору та не можливістю виконавцем у зв'язку з цим поставити певний предмет закупівлі заявленої якості.

Зокрема така ситуація склалася, у зв'язку набранням чинності ДСТУ 4063-2001 «Бензини автомобільні. Технічні умови», згідно з яким з 1 липня 2013 року у постачальників не має змоги постачати бензин нижче екологічних класів: бензини "Євро-4" та "Євро-5", тобто бензин марки А-92 та вище.

Тобто, замовники які мали діючі договори на постачання бензинів марок А76 та А80 були вимушені розглядати питання або розривання договорів або внесення змін до них в частині закупівлі бензину вищої якості. Однак, таке рішення безумовно повинно окремо прийматися замовником з урахуванням пропозицій постачальника щодо обсягів і ціни поставки товару покращеної якості.

4) продовження строку дії договору та виконання зобов'язань щодо передання товару, виконання робіт, надання послуг у разі виникнення документально підтверджених об'єктивних обставин, що спричинили таке продовження, у тому числі непереборної сили, затримки фінансування витрат замовника за умови, що такі зміни не призведуть до збільшення суми, визначеної в договорі;

Коментар:

Форма документального підтвердження об'єктивних обставин Законом не визначена, оскільки вона залежить саме від обставин, що спричинили продовження строку дії договору про закупівлю та виконання зобов'язань щодо передачі товару, виконання робіт, надання послуг. Тому, замовник самостійно визначає форму документального підтвердження таких обставин з дотриманням законодавства.

У статті 617 Цивільного кодексу зазначено, що особа, яка порушила зобов'язання,

звільняється від відповідальності за порушення зобов'язання, якщо вона доведе, що це порушення сталося внаслідок випадку або непереборної сили.

Доказами, що підтверджують факт настання (існування) зазначених обставин, є, в тому числі, висновок Торгово-промислової палати про настання обставин непереборної сили чи стихійного лиха на території України.

З урахуванням вимог частини першої статті 631 Цивільного кодексу продовження договору за цією підставою можливе у разі, коли строк дії договору не закінчився у встановленому законодавством порядку.

5) узгодженої зміни ціни в бік зменшення (без зміни кількості (обсягу) та якості товарів, робіт і послуг);

Коментар:

Таке зменшення може бути обумовлено зміною цінової кон'юнктури на відповідному ринку продукції. Зазвичай, зміна до договору за цією підставою відбувається за ініціативою замовника, тому важливо здійснювати постійний моніторинг цін на товари, роботи чи послуги, які є предметом закупівлі. Крім цього, порядок зміни ціни бажано передбачати в умовах договору про закупівлю.

Ключовим моментом є заборона змінювати кількість (обсяг) та якість товарів, робіт і послуг. Тобто, не зважаючи на вивільнення певного обсягу коштів за рахунок перегляду ціни в бік зменшення, замовник не може одночасно збільшити обсяг закупівлі.

Рішення про додаткову закупівлю має прийматися окремо і, в залежності від очікуваної вартості предмета закупівлі, здійснюватися або із застосуванням процедур закупівлі, встановлених Законом або шляхом укладання прямого договору з потенційним виконавцем.

6) зміни ціни у зв'язку із зміною ставок податків і зборів пропорційно до змін таких ставок;

7) зміни встановленого згідно із законодавством органами державної статистики індексу споживчих цін, зміни курсу іноземної валюти, зміни біржових котирувань або показників Platts, регульованих цін (тарифів) і нормативів, які застосовуються в договорі про закупівлю, у разі встановлення в договорі про закупівлю порядку зміни ціни;

Коментар:

Згідно з пунктами 6 та 7 істотні умови договору про закупівлю можуть змінюватися після його підписання у випадку, зокрема, зміни ціни у зв'язку із зміною ставок податків і зборів пропорційно до змін таких ставок; зміни встановленого згідно із законодавством органами державної статистики індексу споживчих цін, зміни курсу іноземної валюти, зміни біржових котирувань або показників Platts, регульованих цін (тарифів) і нормативів, які застосовуються в договорі про закупівлю, у разі встановлення в договорі про закупівлю порядку зміни ціни.

У зв'язку з тим, що зміни у вищезазначених випадках можуть відбуватися як в бік збільшення, так і в бік зменшення, ціна договору про закупівлю може змінюватися в залежності від таких змін без коригування обсягу закупівлі.

Важливо обов'язково передбачити, ще в проекті договору про закупівлю, який є складовою тендерної документації, порядок внесення таких змін.

Проте, необхідно звернути увагу на те, що саме лише посилання в договорі про закупівлю на вказані пункти цієї статті Закону не дає підстави змінювати, наприклад, ціну договору у зв'язку зі зміною курсу іноземної валюти, оскільки для зміни ціни договору у такому випадку необхідно встановлювати в договорі про закупівлю порядок зміни ціни залежно від зміни такого курсу.

Законодавством України не передбачено нормативного закріплення порядку зміни ціни у зв'язку зі зміною курсу іноземної валюти, тому Замовник, має самостійно встановити такий порядок.

Як приклад, Замовник може встановити наступний порядок зміни ціни при здійсненні закупівлі товарів:

Перерахунок ціни Товару при здійсненні оплати здійснюється за наступною формулою:

$$Ц_{(нова)} = (K_1/K_0) * Ц_1$$

Ц(нова) – змінена ціна Товару, що підлягає сплаті Постачальнику Покупцем за отриманий

Товар;

Ц₁ – ціна в гривнях за Товар, визначена сторонами на момент підписання Додатку до даного Договору;

K₁ – курс купівлі долара США (ЄВРО) по відношенню до гривні на дату проведення Покупцем оплати вартості поставленого товару;

K₀ - курс купівлі долара США (ЄВРО) по відношенню до гривні на дату підписання Договору.

При цьому, сторони визначили, що для здійснення розрахунків по договору Сторони застосовують курс купівлі долара США (ЄВРО) Національного банку України.

Нарешті, слід наголосити, що прив'язка до зміни валютного курсу справедлива лише у випадках реальної залежності вартості предмета закупівлі від зміни такого курсу (імпортний товар, імпортні комплектуючі, іноземна компанія-надавач послуг тощо).

Законом замовникам надається можливість змінювати умови договору про закупівлю у зв'язку зі змінами показників Platts (агентство, яке є провідним світовим постачальником інформації про енергоносії і джерелом еталонних котирувань на ринках енергоносіїв . Джерелом інформації є учасники ринку, які в режимі реального часу надають агентству ціни угод. На європейському ринку у формуванні цін Platts беруть участь більше 140 компаній). Передбачається, що це надасть можливість досягти рівня мінімально можливої ціни на пальне, так як будуть використовуватися об'єктивні ринкові принципи ціноутворення у сфері торгівлі нафтопродуктів між виробниками та трейдерами пального. Застосування показників Platts для зміни умов договору про закупівлі не є обов'язковим для замовників, так як замовник самостійно визначає необхідність його застосування у разі потреби.

8) зміни умов у зв'язку із застосуванням положень частини п'ятої цієї статті.

Див. коментар до наступної частини цієї статті.

5. Дія договору про закупівлю може продовжуватися на строк, достатній для проведення процедури закупівлі на початку наступного року, в обсязі, що не перевищує 20 відсотків суми, визначеної в договорі, укладеному в попередньому році, якщо видатки на цю мету затверджено в установленому порядку.

Коментар:

З приводу застосування зазначеної норми необхідно зазначити наступне:

- по-перше, норма частини п'ятої статті 36 Закону розповсюджується на договори про закупівлю, укладені з дотриманням вимог Закону;
- по-друге, частину п'яту статті 36 Закону можуть застосовувати в своїй діяльності всі замовники, які здійснюють закупівлю в установленому Законом порядку, тобто, після застосування даного права надалі проводитимуть процедури закупівлі на решту обсягу;
- по-третє, враховуючи вимоги частини першої статті 631 Цивільного кодексу України, згідно з якою, строком договору є час, протягом якого сторони можуть здійснити свої права і виконати свої обов'язки відповідно до договору, продовження дії договору про закупівлю можливо у разі, коли строк його дії не закінчився у встановленому чинним законодавством порядку;
- по-четверте, 20 відсотків відраховується від остаточної (кінцевої) вартості укладеного договору про закупівлю з урахуванням змін внесених до нього (у разі наявності).

У разі, якщо замовником укладено декілька договорів про закупівлю за одним і тим же предметом закупівлі, норма частини п'ятої статті 36 Закону може застосовуватись до одного із таких договорів про закупівлю, термін дії якого не закінчився в установленому законодавством порядку.

Продовжувати попередній договір не обов'язково на обсяг 20 відсотків суми, визначеної в ньому. Обсяг може бути меншим, але не більшим за 20 відсотків.

Норма частини 5 статті 36 Закону стосується тих замовників, які є стороною договору,

укладеного за результатами застосування цього Закону. Якщо відбулася зміна замовника без правонаступництва (до нового замовника від попереднього не перейшли в установленому законодавством порядку права та обов'язки за укладеним договором), то нова юридична особа (новий замовник) не має права на продовження строку дії договору на підставі частини п'ятої статті 36 Закону.

Положення стосовно реорганізації суб'єктів господарювання визначено у Главі 7 Цивільного кодексу України.

До договору, дію якого продовжено на підставі частини п'ятої статті 36 Закону, крім положень пункту 8 частини четвертої статті 36 Закону, можуть застосовуватися й інші положення частини четвертої статті 36 Закону щодо внесення змін до істотних умов договору.

Закупівля на 20 відсотків (навіть якщо 20 відсотків буде дорівнювати чи перевищувати 200 тисяч гривень) не вноситься в основну частину річного плану закупівель на відповідний рік, оскільки такий план складається щодо тих нових закупівель, які замовник планує провести за передбаченими Законом процедурами. Натомість, інформацію щодо продовження дії договору на 20 відсотків (виокремивши під певним заголовком) замовник повинен відобразити в додатку до річного плану закупівель.

Стаття 37. Недійсність договору про закупівлю

1. Договір про закупівлю є нікчемним у разі:

його укладення з порушенням вимог частини четвертої статті 36 цього Закону;

Коментар:

Ця норма щодо недійсності договору застосовується у разі, коли умови укладеного договору про закупівлю відрізняються від змісту тендерної пропозиції переможця процедури закупівлі, обраного за результатами аукціону (у тому числі ціни за одиницю товару) або ціни пропозиції учасника у разі застосування переговорної процедури, або (ВАЖЛИВО !!) істотні умови договору були змінені у випадках, не передбачених частиною четвертою статті 36 Закону.

його укладення в період оскарження процедури закупівлі відповідно до статті 18 цього Закону;

Коментар:

Відповідно до частини шостої статті 18 Закону датою початку розгляду скарги є дата оприлюднення реєстраційної картки скарги в ЕСЗ.

Водночас, відповідно до частини сьомої статті 18 Закону, у разі прийняття скарги до розгляду електронна система закупівель автоматично призупиняє початок електронного аукціону та не оприлюднює договір про закупівлю і звіт про результати проведення процедури закупівлі.

Законом надано АМКУ три робочих дні для прийняття рішення про розгляд скарги чи залишення її без розгляду. Система електронних закупівель автоматично оприлюднює прийняті органом оскарження рішення на веб-порталі Уповноваженого органу та розсилає повідомлення суб'єкту оскарження та замовнику.

Строк розгляду скарги органом оскарження становить 15 робочих днів з дати початку розгляду скарги.

Відповідно до частини восьмої статті 18 закону розгляд скарги зупиняє перебіг строків, установлених частиною другою статті 32, абзацом восьмим частини третьої статті 35 цього Закону.

Перебіг цих строків продовжується з дня, наступного за днем прийняття рішення органом оскарження за результатами розгляду скарги, рішення про припинення розгляду скарги або рішення про залишення скарги без розгляду.

Таким чином, періодом оскарження процедури закупівлі відповідно до статті 18 можна вважати період з дня прийняття скарги до розгляду до дня, наступного за днем прийняття рішення органом оскарження за результатами розгляду скарги, рішення про припинення розгляду скарги або рішення про залишення скарги без розгляду.

його укладення з порушенням строків, передбачених частиною другою статті 32 та абзацом восьмим частини третьої статті 35 цього Закону, крім випадків зупинення перебігу строків у зв'язку з розглядом скарги органом оскарження відповідно до статті 18 цього Закону.

Коментар:

Відповідно до абзацу другого частини другої статті 32 Закону замовник укладає договір про закупівлю з учасником, не пізніше ніж через 20 днів з дня прийняття рішення про намір укласти договір про закупівлю відповідно до вимог тендерної документації та пропозиції учасника-переможця.

З метою забезпечення права на оскарження рішень замовника, договір про закупівлю не може бути укладено раніше ніж через 10 днів з дати оприлюднення на веб-порталі Уповноваженого органу повідомлення про намір укласти договір про закупівлю.

Згідно з абзацом другим частини третьої статті 35 Закону, замовник має право укласти договір про закупівлю за результатами застосування переговорної процедури закупівлі у строк не раніше ніж через 10 днів (п'ять днів - у разі застосування переговорної процедури закупівлі з підстав, визначених пунктом 3 частини другої статті 35 Закону, 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, послуг поштового зв'язку, поштових марок та маркованих конвертів, 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 на веб-порталі Уповноваженого органу повідомлення про намір укласти договір за результатами застосування переговорної процедури закупівлі.

При укладанні договорів про закупівлю часто замовники неправильно обраховують початок перебігу строків укладення договорів про закупівлю.

Виходячи з вищевказаних норм статей 32, 35 Закону замовник укладає договір з певного дня або не раніше ніж через певну кількість днів з дня прийняття рішення про намір укласти договір про закупівлю або дати оприлюднення на веб-порталі Уповноваженого органу повідомлення про намір укласти договір про закупівлю.

Багато замовників рахують дату чи день оприлюднення на веб-порталі повідомлення про намір укласти договір за відповідною процедурою закупівлі як дату чи день, з якої/якого обраховується початок відповідного строку на укладення договору про закупівлю.

Проте, відповідно до статті 253 ЦКУ, перебіг строку починається з наступного дня після відповідної календарної дати або настання події, з якою пов'язано його початок.

Отже, початком перебігу строку для укладання договору про закупівлю є перший день після оприлюднення на веб-порталі повідомлення про намір укласти договір про закупівлю.

Відповідно до пункту 2.5.2. постанови Пленуму Вищого господарського суду України від 25.05.2013 № 11 «Про деякі питання визнання правочинів (господарських договорів) недійсними», з урахуванням приписів статті 215 ЦКУ та статті 207 ГКУ нікчемні правочини, це правочини недійсність яких встановлена Законом.

За змістом частини другої статті 215 ЦКУ нікчемний правочин, на відміну від оспорюваного, є недійсним незалежно від наявності чи відсутності відповідного рішення суду.

Розділ VIII

ВІДПОВІДАЛЬНІСТЬ У СФЕРІ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ

Стаття 38. Відповідальність за порушення вимог цього Закону

1. За порушення вимог, установлених цим Законом та нормативно-правовими актами, розробленими відповідно до цього Закону, члени тендерного комітету замовника, уповноважена особа (особи), члени органу оскарження, службові (посадові) особи Уповноваженого органу, службові (посадові) особи органів, що здійснюють казначейське обслуговування бюджетних коштів (обслуговуючого банку), несуть відповідальність згідно із законами України.

2. За порушення вимог, установлених цим Законом в частині прийнятих рішень, вибору і застосування процедур закупівлі, відповідальність несуть члени тендерного комітету або уповноважена особа (особи) персонально.

Коментар:

Види можливої відповідальності:

- **Дисциплінарна (Кодекс законів про працю, колективний договір (за наявності)): Догана, де преміювання, попередження, звільнення.**
- **Адміністративна (Кодекс про адміністративні правопорушення): Законом внесено зміни до статті 164¹⁴ КУпАП.**

В новій редакції статті передбачений виключний перелік складів правопорушень, за вчинення яких посадові особи контролюючого органу матимуть право складати адміністративний протокол.

Зокрема діюча редакція частини першої статті 164¹⁴ КпАП не містить словосполучення «в тому числі», наявність якого дозволяла посадовим особам контролюючого органу складати адміністративні протоколи не тільки в разі наявності складів правопорушень, перелічених у диспозиції частини першої статті 164¹⁴ КпАП (у попередній редакції), а й в інших випадках застосування процедур закупівлі з порушенням законодавства про здійснення закупівлі товарів, робіт і послуг.

Тобто, наприклад, не може бути складено адміністративний протокол у разі неприйняття тендерним комітетом (чи уповноваженою особою) рішення про відхилення тендерної(их) пропозиції(й) учасника(ів) у зв'язку з її(їх) невідповідністю умовам тендерної документації.

Згідно із Законом голова тендерного комітету несе персональну відповідальність за виконання покладених на комітет функцій, а члени тендерного комітету або уповноважена особа (особи) — персональну відповідальність за прийняті ними рішення відповідно до законів України.

При цьому, відповідно до статті 38 Закону відповідальність у сфері публічних закупівель зазначені вище особи несуть не тільки в разі порушення вимог, установлених цим Законом, а й у разі порушення вимог, установлених нормативно-правовими актами, розробленими для його реалізації.

Залишилися не змінними санкції передбачені частинами першою та другою зазначеної статті КпАП, а саме «накладення штрафу на членів тендерного комітету та уповноважених осіб від семисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян. Ті самі дії, вчинені повторно протягом року після накладення адміністративного стягнення за одне з правопорушень, зазначених у частині першій цієї статті, - тягнуть за собою накладення штрафу на посадових (службових) осіб та уповноважених осіб від тисячі до тисячі п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян». Відповідно це становить від 11900 грн. до 17000 грн. у першому випадку та від 17000 грн. до 25000 грн. у другому.

При цьому, надане нове визначення суб'єкта правопорушень, відповідальність за які встановлена частиною першою статті 164¹⁴ КпАП, а саме: замість «посадових осіб» передбачено «членів тендерного комітету» та «уповноважених осіб». Поряд з цим, відповідно до частини другої статті 164¹⁴ КпАП залишено поняття посадової особи, та введено це поняття «службова» та «уповноважена» особи.

Відповідно до пункту 1 частини першої ст. 255 КУпАП протоколи про адміністративне

правопорушення за статтею 164¹⁴ КУпАП мають право складати уповноважені на те посадові особи органів державного фінансового контролю та Рахункової палати. На практиці адмінпротоколи за статтею 164¹⁴ КУпАП, в основному, складаються посадовими особами органів державного фінансового контролю, тобто ДАСУ та її територіальних органів.

Категорію адміністративних справ за статтею 164¹⁴ КУпАП розглядають судді районних, районних у місті, міських чи міськрайонних судів (статтею 221 КУпАП). Таким чином, міру відповідальності голови та кожного з членів тендерного комітету, на яких складено адміністративний протокол, визначає суд.

При цьому, частиною третьою статті 38 КУпАП встановлено, що адміністративне стягнення за вчинення правопорушення, передбаченого статтею 164¹⁴ КУпАП, може бути накладено протягом трьох місяців з дня виявлення, але не пізніше двох років з дня його вчинення.

Пунктом 13 статті 10 Закону України від 26.01.1993 № 2939-XII «Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні» передбачено, що органу державного фінансового контролю надається право при виявленні збитків, завданих державі чи підприємству, установі, організації, що контролюється, визначати їх розмір у встановленому законодавством порядку.

Проте, методики визначення наявності матеріальних збитків в процесі здійснення державних (публічних) закупівель не затверджено.

При дослідженні питання наявності матеріальної шкоди (збитків) ДАСУ наразі керується ЦКУ, ГКУ, наказом Головного контрольно-ревізійного управління України, Міністерства внутрішніх справ України, Служби безпеки України, Генеральної прокуратури України від 19.10.2006 № 346/1025/685/53 «Про затвердження Порядку взаємодії органів державної контрольно - ревізійної служби, органів прокуратури, внутрішніх справ, Служби безпеки України» (zareєстрований в Міністерстві юстиції України від 25.10.2006 за № 1166/13040).

- Кримінальна (Кримінальний кодекс)

Чинним законодавством України спеціальна кримінальна відповідальність саме за порушення проведення процедур закупівель не передбачена.

При цьому, в разі доведення відповідними органами факту наявності в діях голови, членів тендерного комітету ознак злочину, ці посадові особи можуть нести відповідальність за вчинення «службових злочинів», склад яких передбачений розділом XVII Кримінального кодексу України (далі – ККУ), зокрема за такими статтями ККУ:

- стаття 364 (Зловживання владою або службовим становищем) ККУ, відповідальність, зокрема за частиною першою якої: арешт на строк до шести місяців або обмеження волі на строк до трьох років, або позбавлення волі на той самий строк, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років, із штрафом від двохсот п'ятдесяти до семисот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян та зі спеціальною конфіскацією;

- стаття 366 (Службове підроблення) ККУ, відповідальність, зокрема за частиною першою якої: штраф до двохсот п'ятдесяти неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або обмеження волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років;

- стаття 367 (Службова недбалість), відповідальність, зокрема за частиною першою якої: штраф від двохсот п'ятдесяти до п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян або виправні роботи на строк до двох років, або обмеження волі на строк до трьох років, з позбавленням права обіймати певні посади чи займатися певною діяльністю на строк до трьох років;

- а також статті ККУ щодо неправомірної вигоди (стаття 368 (прийняття пропозиції, обіцянки або одержання неправомірної вигоди службовою особою), стаття 368-2 (Незаконне збагачення)).

1. Цей Закон набирає чинності з дня, наступного за днем його опублікування, та вводиться в дію:

з 1 квітня 2016 року - для центральних органів виконавчої влади та замовників, що здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання;

з 1 серпня 2016 року - для всіх замовників.

2. Пункт 24 частини першої статті 1 та абзаци шістнадцятий і сімнадцятий частини третьої статті 2 цього Закону діють до 31 березня 2019 року.

3. Установити, що з 1 квітня 2016 року, але не раніше дня набрання чинності цим Законом, Закон України "Про здійснення державних закупівель" не застосовується до центральних органів виконавчої влади та замовників, що здійснюють діяльність в окремих сферах господарювання.

4. Дозволити замовникам, для яких цей Закон вводиться в дію з 1 серпня 2016 року, використовувати електронну систему закупівель з метою відбору постачальника товару (товарів), надавача послуги (послуг) та виконавця робіт для укладення договору, у разі здійснення закупівлі товарів, робіт і послуг, вартість яких є меншою за вартість, що встановлена в абзаци першому частини першої статті 2 Закону України "Про здійснення державних закупівель".

5. Визнати такими, що втратили чинність:

з 1 квітня 2016 року, але не раніше дня набрання чинності цим Законом:

Закон України "Про особливості здійснення закупівель в окремих сферах господарської діяльності" (Відомості Верховної Ради України, 2013 р., № 17, ст. 148, № 41, ст. 551; 2014 р., № 22, ст. 781, № 24, ст. 883; 2015 р., № 46, ст. 414);

з 1 серпня 2016 року, але не раніше дня набрання чинності цим Законом:

Закон України "Про здійснення державних закупівель" (Відомості Верховної Ради України, 2014 р., № 24, ст. 883 із наступними змінами).

6. Внести зміни до таких законодавчих актів України:

1) у Кодексі України про адміністративні правопорушення (Відомості Верховної Ради УРСР, 1984 р., додаток до № 51, ст. 1122):

статтю 16414 викласти в такій редакції:

"Стаття 16414. Порухення законодавства про закупівлі

Здійснення закупівлі товарів, робіт і послуг без застосування визначених законодавством процедур закупівель; оцінка пропозицій конкурсних торгів (кваліфікаційних пропозицій), тендерних пропозицій не за критеріями та методикою оцінки для визначення найкращої пропозиції конкурсних торгів (кваліфікаційної пропозиції), тендерної пропозиції, що міститься в документації конкурсних торгів (кваліфікаційній документації), тендерній документації;

укладення з учасником, який став переможцем торгів, договору про закупівлю за цінами і обсягами, що не відповідають вимогам документації конкурсних торгів (кваліфікаційної документації), тендерної документації; неоприлюднення або порушення порядку оприлюднення інформації про закупівлі відповідно до вимог законодавства; ненадання інформації, документів та матеріалів у випадках, передбачених законом, -

тягнуть за собою накладення штрафу на службових (посадових), уповноважених осіб від семисот до тисячі неоподатковуваних мінімумів доходів громадян.

Ті самі дії, вчинені повторно протягом року після накладення адміністративного стягнення за одне з правопорушень, зазначених у частині першій цієї статті, -

тягнуть за собою накладення штрафу на службових (посадових), уповноважених осіб від тисячі до тисячі п'ятисот неоподатковуваних мінімумів доходів громадян";

в абзаці органів Антимонопольного комітету України (статті 1643, 16414, 1661-1664) пункту 1 частини першої статті 255 цифри "16414" виключити;

2) частину п'яту статті 4 Господарського процесуального кодексу України (Відомості Верховної Ради України, 1992 р., № 6, ст. 56) виключити;

3) у Господарському кодексі України (Відомості Верховної Ради України, 2003 р., №№ 18-22, ст. 144):

абзац другий частини третьої статті 13 виключити;

в абзаці третьому частини першої статті 75, абзаці третьому частини другої статті 77, абзаці третьому частини дев'ятої статті 78 і абзаці третьому частини п'ятої статті 79 слова "Закону України "Про здійснення державних закупівель" замінити словами "Закону України "Про публічні закупівлі";

4) у Цивільному кодексі України (Відомості Верховної Ради України, 2003 р., №№ 40-44, ст. 356):

друге речення частини першої статті 209 виключити;

друге речення частини четвертої статті 639 виключити;

5) частину сьому статті 8 Цивільного процесуального кодексу України (Відомості Верховної Ради України, 2004 р., №№ 40-42, ст. 492) виключити;

6) частину другу статті 11 Закону України "Про основи соціальної захищеності інвалідів в Україні" (Відомості Верховної Ради УРСР, 1991 р., № 21, ст. 252; Відомості Верховної Ради України, 2006 р., № 2-3, ст. 35; 2010 р., № 33, ст. 471) виключити;

7) пункти 171 і 18 частини першої, пункт 19 частини третьої статті 7, пункт 20 частини першої статті 16 та пункт 20 частини першої статті 17 Закону України "Про Антимонопольний комітет України" (Відомості Верховної Ради України, 1993 р., № 50, ст. 472 із наступними змінами) доповнити словами "та "Законом України "Про публічні закупівлі";

8) у Законі України "Про державний матеріальний резерв" (Відомості Верховної Ради України, 1997 р., № 13, ст. 112; 1999 р., № 40, ст. 362; 2004 р., № 33-34, ст. 403; 2007 р., № 9, ст. 67; 2010 р., № 33, ст. 471):

у пункті 1 статті 8 слова "у порядку, встановленому Законом України "Про здійснення державних закупівель" виключити;

пункт 2 статті 9 виключити;

9) статтю 221 Основ законодавства України про загальнообов'язкове державне соціальне страхування (Відомості Верховної Ради України, 1998 р., № 23, ст. 121 із наступними змінами) виключити;

10) у статті 15 Закону України "Про Національну програму інформатизації" (Відомості Верховної Ради України, 1998 р., № 27-28, ст. 181; 2002 р., № 1, ст. 3; 2010 р., № 33, ст. 471):

друге речення частини другої виключити;

частину третю виключити;

11) частину шосту статті 16 Закону України "Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування на випадок безробіття" (Відомості Верховної Ради України, 2000 р., № 22, ст. 171; 2013 р., № 24, ст. 243) виключити;

12) у частині сьомій статті 51 Закону України "Про банки і банківську діяльність" (Відомості Верховної Ради України, 2001 р., № 5-6, ст. 30; 2006 р., № 14, ст. 118; 2010 р., № 33, ст. 471) слова "Закону України "Про здійснення державних закупівель" замінити словами "Закону України "Про публічні закупівлі";

13) у частині двадцять першій статті 2 Закону України "Про страхування" (Відомості Верховної Ради України, 2002 р., № 7, ст. 50; 2010 р., № 33, ст. 471) слова "проведення відкритих торгів відповідно до Закону України "Про здійснення державних закупівель" та" виключити;

14) частину четверту статті 5 Закону України "Про державну підтримку книговидавничої справи в Україні" (Відомості Верховної Ради України, 2003 р., № 24, ст. 162; 2004 р., № 14, ст. 195; 2010 р., № 33, ст. 471; 2011 р., № 45, ст. 486) виключити;

15) абзац другий частини другої статті 25 Закону України "Про оздоровлення та відпочинок дітей" (Відомості Верховної Ради України, 2008 р., № 45, ст. 313; 2010 р., № 33, ст. 471) виключити;

16) частину четверту статті 11 Закону України "Про загальнообов'язкове державне соціальне страхування" (Відомості Верховної Ради України, 2015 р., № 11, ст. 75) виключити.

7. Процедури закупівель товарів, робіт та послуг, розпочаті до введення в дію цього Закону, завершуються відповідно до порядку, що діяв до введення в дію цього Закону.

Коментар:

Мається на увазі порядок визначений Законом України "Про здійснення державних закупівель"

8. Кабінету Міністрів України у місячний строк з дня набрання чинності цим Законом:

привести свої нормативно-правові акти у відповідність із цим Законом;

забезпечити приведення міністерствами, іншими центральними органами виконавчої влади їх нормативно-правових актів у відповідність із цим Законом;

забезпечити прийняття нормативно-правових актів, необхідних для реалізації положень цього Закону.

Коментар:

Станом на грудень 2016 року залишається не врегульованими питання проведення моніторингу закупівель та ще не сформовано повну регуляторну базу централізованих закупівель.

Президент України П.ПОРОШЕНКО
м. Київ
25 грудня 2015 року
№ 922-VIII

РОЗДІЛ II

Підзаконні нормативно-правові акти у сфері публічних закупівель

Окрім цього Закону до основних нормативно-правових актів, які складають правову базу, яка безпосередньо регулює сферу закупівель, можна віднести постанови КМУ та накази Мінекономрозвитку, розроблені на виконання Закону.

Основні постанови КМУ:

- від 24 лютого 2016 р. №166 «Про затвердження Порядку функціонування електронної системи закупівель та проведення авторизації електронних майданчиків» (<http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/166-2016-%D0%BF>) ;

- від 23.03.2016 р. № 291 «Про встановлення розміру плати за подання скарги» (<http://www.me.gov.ua/LegislativeActs/List?lang=uk-UA&tag=Normativno-pravoviAkti3>);

Основні накази Мінекономрозвитку:

від 30.03.2016 №557 «Про затвердження Примірного положення про тендерний комітет або уповноважену особу (осіб)» (<http://www.me.gov.ua/LegislativeActs/List?lang=uk-UA&tag=Normativno-pravoviAkti3>);

- від 22.03.2016 №490 «Про затвердження форм документів у сфері публічних закупівель» (<http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0449-16>);

- від 18.03.2016 №477 «Про затвердження Порядку розміщення інформації про публічні закупівлі» (<http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0447-16>);

- від 17.03.2016 №454 «Про затвердження Порядку визначення предмета закупівлі» (<http://zakon5.rada.gov.ua/laws/show/z0448-16>) - діє з 5 квітня 2016 р. для закупівель за Законом «Про публічні закупівлі»;

- від 13.04.2016 №680 «Про затвердження примірної тендерної документації» (<http://www.me.gov.ua/LegislativeActs/List?lang=uk-UA&tag=Normativno-pravoviAkti3>);

Крім цього, наказом ДП «Зовнішторгвидав України» від 13.04.2016 р. № 35 затверджено «Порядок здійснення допорогових закупівель», що можуть здійснюватися відповідно до частини 2 Закону.

РОЗДІЛ III

Висновки та рекомендації

Аналіз положень Закону дає підстави зробити наступні висновки.

Закон спрямований на досягнення 3 головних цілей:

- 1) максимального можливого переведення процедур закупівель з «паперового» в «електронний» режим, що практично мінімізує можливість прямого спілкування між замовниками та учасниками в період проведення процедури. Це практично повністю реалізовано, окрім переговорної процедури, в якій все ж залишається можливість безпосереднього контактування між учасниками процесу закупівель. Концепція ґрунтується на використанні системи електронних закупівель, що включає централізовану базу даних та авторизовані Мінекономрозвитку електронні майданчики;
- 2) посилення антикорупційного ефекту через запровадження процедури автоматичного електронного оцінювання тендерних пропозицій та електронного аукціону, а також спрощення та підвищення інформаційної прозорості публічних закупівель;
- 3) наближення національного законодавства до передових міжнародних практик у сфері закупівель, визнаних державами-членами ЄС

Зокрема, в частині електронізації процедур Закон передбачає:

- визначення нових спеціальних термінів у статті 1 (зокрема, «авторизований електронний майданчик», «веб-портал Уповноваженого органу з питань закупівель», «електронна система закупівель», «інформаційний ресурс Уповноваженого органу», «приведена ціна», «система хмарних обчислень»).
- вимоги до стандартів безпеки електронної системи закупівель, а також право КМУ за необхідності встановлювати додаткові вимоги до системи електронних закупівель (положення частин другої та третьої статті 12).
- обмін будь-якою інформацією між замовниками та учасниками здійснюється виключно в електронному вигляді через електронну систему закупівель.
- скарги проти рішень замовників можуть подаватися до АМКУ виключно в електронному вигляді через електронну систему закупівель та авторизовані майданчики.
- встановлення норми, що всі тендерні пропозиції повинні подаватися в електронному вигляді, та встановлює певні вимоги до електронного подання (стаття 25 Закону).
- встановлення нового підходу до розкриття тендерних пропозицій (електронне розкриття та перехід до оцінювання і аукціону);
- електронне оцінювання та аукціон. Важлива новація полягає також в тому, що у випадку, коли вартість договору є нижчою за порогові значення, встановлені частиною четвертою статті 10 (фактично такі, що застосовні у ЄС), оцінювання відповідності пропозицій здійснюється після завершення електронного аукціону .

З метою посилення антикорупційного ефекту та забезпечення спрощення та підвищення ефективності публічних закупівель Законом передбачено:

- процедуру електронного оцінювання. Зокрема, вона передбачає, що оцінювання всіх тендерних пропозицій повинне відбуватись у форматі електронного аукціону;
- електронний аукціон як метод автоматичного оцінювання з урахуванням ціни як єдиного критерію або ціни в поєднанні з іншими критеріями (інші можливі критерії повинні бути виражені замовником через формулу «приведеної ціни»);
- «технічне» перенесення положень Закону про особливості до Закону про публічні закупівлі;
- обмеження щодо дозволених засобів забезпечення тендерних пропозицій - лише у вигляді гарантій, що відображає найбільш поширену закупівельну практику в Україні, за якою замовники вимагають забезпечення учасниками своїх тендерних пропозицій;

- скасування трьох видів процедур закупівель — процедури двоступеневих торгів, попередньої кваліфікації та запиту цінових пропозицій. Статистика однозначно свідчить про те, що принаймні дві перші процедури закупівель застосовувались украй рідко;
- скасування кваліфікаційного критерію «наявність фінансової спроможності»;
- скорочення строку розгляду скарг удвічі (з 30 до 15 робочих днів);
- введення посади уповноваженої особи з публічних закупівель у якості альтернативи тендерним комітетам та скасування обов'язкового створення тендерних комітетів.

З метою наближення національного законодавства до передових міжнародних практик Законом передбачено:

- впровадження поняття «централізовані закупівельні організації», що є спробою підтримати розвиток централізованих закупівель в Україні шляхом удосконалення правової бази;
- для закупівель вартістю нижче порогових значень, встановлених законом, встановлені певні вимоги, зокрема в частині дотриманням принципів, встановлених Законом, а також оприлюднення їх результатів;
- встановлено порогові значення, що відповідають вимогам Директив ЄС про публічні закупівлі, а також різні процедурні норми для укладення договорів, вартість яких перевищує ці порогові значення. Це є спробою створити «дуалістичну систему» публічних закупівель в Україні («суто національні» процедури закупівлі передбачатимуть повну посткваліфікацію після проведення електронного аукціону, а ті, що перевищують порогові значення, прийняті в ЄС, — оцінювання відповідності тендерних пропозицій перед проведенням аукціону);
- скасування суперечливої підстави для відмови в участі у процедурі закупівлі учасникам, що зареєстровані в офшорних зонах. Це положення було пов'язане з ризиком дискримінації іноземних учасників;
- запровадження процедури конкурентного діалогу
- скасування вимоги до опублікування оголошень про проведення процедури закупівлі та підстави для застосування переговорної процедури: тепер переговорна процедура закупівлі в Україні прирівняна до переговорної процедури, передбаченої Директивами ЄС про публічні закупівлі, що не вимагає опублікування попереднього оголошення про її проведення;
- закупівлі у сферах оборони, національної безпеки й антитерористичних операцій в особливий період регулюється спеціальним законом.

Коментарі у контексті відповідності Закону стандартам ЄС :

1. Стаття 12 Закону передбачає лише три процедури закупівлі: відкриті торги, конкурентний діалог та переговорна процедура закупівлі. Таке короткострокове рішення, передбачене Законом, очевидно, має на меті запровадити в якості основної процедури закупівлі в Україні процедуру відкритих торгів із автоматизованим електронним оцінюванням тендерних пропозицій у ході проведення електронного аукціону.

Однак, згідно з вимогами Угоди про Асоціацію з ЄС та відповідної Стратегії реформування публічних закупівель (розпорядження Кабінету Міністрів України від 24.02.2016 №175) , Закон у майбутньому (2018 рік) повинен також передбачати процедуру торгів із обмеженою участю та ще згодом (до 2022) інноваційне партнерство.

2. Законом збільшено вагу цінового критерію присудження контракту з 50% до 70%.

Встановлення певних мінімальних значень для критерію ціни не відповідає вимогам Директив ЄС.

3. Концепція автоматизованого оцінювання тендерних пропозицій, запроваджена Законом, відрізняється від застосовного в ЄС підходу

Фактично, за українським підходом відповідальність за правильність та достовірність указаної у відповідній формі інформації стосовно якісних показників тендерної пропозиції покладається виключно на учасника; при цьому замовник не має жодної змоги перевірити достовірність представленої у пропозиції інформації. Це є логічним наслідком застосування автоматизованого оцінювання тендерних пропозицій, яке передбачає повне виключення працівників замовника із процесу.

Передбачена Законом процедура автоматизованого оцінювання ґрунтується на припущенні того, що тендерна пропозиція повинна лише відображати обіцянки учасника у вигляді певних вимірюваних числових значень без надання жодних підтверджень спроможності їх досягти, наприклад: опис робочих процесів, технічних рішень, які учасник має намір застосовувати тощо.

Однак, без отримання такої додаткової інформації доволі часто неможливо належним чином оцінити якісні аспекти тендерної пропозиції. Зокрема, активне залучення замовника до процесу оцінювання чітко передбачене статтею 67(4) нової редакції Директиви ЄС про публічні закупівлі 2014 року, в якій сказано:

«Критерії присудження не повинні передбачати необмежену свободу вибору для замовника. Вони повинні забезпечити можливість ефективної конкуренції та супроводжуватися специфікаціями, які дозволяють ефективно перевіряти інформацію, надану учасниками, щоб оцінити, наскільки тендерні пропозиції відповідають критеріям присудження контракту. В разі виникнення сумнівів замовники повинні ефективно перевіряти достовірність інформації та підтверджень, наданих учасниками»

Варто зазначити, що повністю автоматизована процедура електронного оцінювання для всіх торгів не застосовується у жодній державі-члені ЄС. Тим не менше, це не заважає в багатьох країнах зробити процедуру оцінювання якісних критеріїв більш прозорою та об'єктивною.

Це досягається шляхом розробки критеріїв оцінки, які можливо перевірити та «виміряти», стандартних форм та структури оформлення тендерних пропозицій для полегшення їх порівняння з пропозиціями інших учасників, а також форм/шкал оцінювання для досягнення легкої перевірки об'єктивності оцінок окремих посадовців, уповноважених замовником брати участь у процедурі визначення переможця тендеру.

Директиви ЄС про публічні закупівлі визначають певні обмеження щодо використання електронних аукціонів. Електронний аукціон має використовуватись лише як доповнення до стандартної процедури публічних закупівель. Крім того, проведення електронного аукціону вимагає обов'язкового визначення чітких технічних специфікацій, тож цей вид процедури не може застосовуватись, наприклад, для закупівлі певних комплексних послуг (навчання, аудиторські послуги тощо).

У контексті практики ЄС електронні аукціони самі по собі не є засобом боротьби з корупцією, а головний антикорупційний контроль у цій сфері загалом досягається через вимоги до опублікування всієї інформації про публічні закупівлі (що вже не перший рік використовується найактивнішими представниками громадянського суспільства в Україні) та якісною роботою правоохоронних органів.

4. Законом не передбачено кваліфікаційного критерію «наявність фінансової спроможності».

Доцільність скасування цього кваліфікаційного критерію (в порівнянні з Законом про держзакупівлі) досить спірна з точки зору забезпечення ефективності публічних закупівель та суперечить передовим міжнародним практикам.

Можливою підставою для скасування цього критерію є запобігання встановлення необґрунтованих, формальних вимог, щодо надання довідок із банку, річних звітів без визначення конкретного необхідного рівня фінансової спроможності, який мав би доводитись такими документами.

Однак внаслідок цієї новації, замовники не зможуть встановлювати «наявність фінансової спроможності» в якості кваліфікаційного критерію, навіть якщо вважатимуть це за необхідне

(наприклад закупівля складних, високовартісних робіт, виконання яких потребує наявності у підрядника власних фінансових ресурсів).

Отже, через таке обмеження замовники постають перед дилемою: з одного боку, вони зобов'язані дотримуватись усіх вимог до проведення процедур закупівель, з іншого — вони позбавлені змоги захистити себе від ризику можливих збитків у разі фінансової неспроможності приватного партнера.

Наявність фінансової спроможності згадується в Директивах ЄС про публічні закупівлі (наприклад, статті 58–59, 63 Директиви 2014/24/ЄС), а також в Угоді СОТ про державні закупівлі (стаття VIII).

5. Моніторинг закупівель

Передбаченого Законом підзаконного акту, який би врегулював питання моніторингу, станом на грудень 2016 року не затверджено.

Крім цього, в частині здійснення моніторингу мають також бути внесені зміни до спеціального Закону, що регулює питання проведення фінансового контролю («Про основні засади здійснення державного фінансового контролю в Україні»).

Загальний висновок.

Виходячи з викладеного, можна зробити висновок, що Закон містить різноманітні зміни, впровадження яких сприятиме подальшій гармонізації українського законодавства із законодавством ЄС на виконання вимог Угоди про асоціацію між Україною та ЄС та Стратегії реформування системи публічних закупівель/дорожньої карти, затвердженої Кабінетом Міністрів України у лютому 2016 року.

Серед позитивних зрушень слід відзначити кроки на шляху до запровадження широкого регулювання електронної системи закупівель, помітні кроки на шляху до професіоналізації та створення централізованих закупівельних організацій, об'єднання Закону про особливості із Законом про закупівлі та інші положення, направлені на спрощення та ефективність процедур закупівель.

Водночас, окремі положення Закону, зокрема перераховані вище, подекуди не узгоджуються з Директивами ЄС про публічні закупівлі..

Оскільки Стратегією реформування системи публічних закупівель/дорожньою картою передбачено подальше вдосконалення законодавства (досить ґрунтовне у деяких сферах), існують можливості і потреба протягом 2017-2018 років скоригувати деякі положення Закону в контексті необхідності приведення законодавства України у відповідність до Директив ЄС про публічні закупівлі. Про це більш докладно описано у Порівняльному аналізі відповідності Директив ЄС і Закону України «Про публічні закупівлі», підготовленого Проектом ЄС у грудні 2016 року.