

БЮДЖЕТНА БУХГАЛТЕРІЯ

Вересень, 2017/№ 33

Здійснюємо закупівлі за окремими частинами (лотами)

<https://goo.gl/PuC43N#122626>

Автор : Дуброва Ярослава, консультант з публічних закупівель

Цей матеріал є коментарем до листа Мінекономрозвитку «Щодо здійснення закупівель за окремими частинами предмета закупівлі (лотами)» від 02.08.2017 р. № 3304-06/26774-06 (див. «Щодо здійснення закупівель за окремими частинами предмета закупівлі (лотами)»).

При вирішенні питання щодо проведення будь-якої закупівлі, яку замовник має здійснити за процедурою, встановленою [Законом № 922](#), окрім визначення певних умов щодо кваліфікації учасника, технічних характеристик предмета закупівлі, замовнику насамперед потрібно правильно визначити сам предмет закупівлі та розібратися з певними нюансами, які можуть виникати в цьому процесі.

Як передбачено [ч. 1 ст. 2 Закону № 922](#), цей Закон застосовується до замовників (бюджетників) за умови, що вартість предмета закупівлі товару (товарів), послуги (послуг) дорівнює або перевищує 200 тис. грн., а робіт — 1,5 млн грн.

При цьому **предмет закупівлі** — це 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) ([п. 18 ч. 1 ст. 1 Закону № 922](#)).

Разом з тим законодавець передбачив, що замовник визначає предмет закупівлі в порядку, встановленому Уповноваженим органом.

Так, відповідно до [абз. 2 п. 1 розд. II Порядку № 454](#) предмет закупівлі товарів і послуг замовник визначає згідно з [п.п. 17 і 32 ч. 1 ст. 1 Закону № 922](#) та на основі ДК 021:2015 за показником **четвертої цифри** основного словника із зазначенням у **дужках конкретної назви товару чи послуги**.

При цьому згідно з [абз. 4 п. 1 розд. II Порядку № 454](#) замовник може визначити окремі частини предмета закупівлі (лоти) за показниками четвертої — восьмої цифр ДК 021:2015, а також за обсягом, номенклатурою та місцем поставки товарів, виконання робіт або надання послуг.

Слід зазначити, що **частина предмета закупівлі (лот)** — це визначена замовником частина товарів, робіт чи послуг, на яку в межах єдиної процедури закупівлі учасникам дозволяється подавати тендерні пропозиції або пропозиції на переговорах у разі застосування переговорної

процедури закупівлі ([п. 37 ч. 1 ст. 1 Закону № 922](#)).

Здійснення закупівель за окремими частинами має певні особливості, які не прописані чітко ані в [Законі № 922](#), ані в [Порядку № 454](#), тому й не дивно, що у замовників виникають запитання з цього приводу. На допомогу замовникам Мінекономрозвитку надало роз'яснення у *листі*, у якому всебічно розглянуто особливості здійснення закупівель за частинами (лотами). Тож далі зупинимось детальніше на нюансах, висвітлених у цьому *листі*.

1. Щодо визначення частин предмета закупівлі

Так, Уповноважений орган у *листі* звертає увагу на певні особливості визначення предмета закупівлі за лотами.

Як ми зазначили вище, замовнику надано право визначати лоти **не тільки за відповідними показниками цифр ДК 021:2015, а й за обсягом, номенклатурою та місцем поставки товарів, виконання робіт або надання послуг**.

При цьому, як бачимо, у зазначеній нормі [абз. 4 п. 1 розд. II Порядку № 454](#) хоча й вказується на товари, роботи або послуги, проте застосовується термін «обсяг» та не згадується такий термін як «кількість».

Також Мінекономрозвитку у *листі* зазначає, що у розумінні [Закону № 922](#) поняття «обсяг» і «кількість» **є тотожними** та робить висновок про те, що за обсягом, номенклатурою та місцем замовник може визначити окремі частини (лоти) предмета закупівлі як товарів, так і послуг або робіт.

Разом з тим, оскільки Уповноважений орган не зазначив у *листі* на підставі чого саме зроблено такий висновок (що поняття «обсяг» можна віднести не тільки до предметів закупівель послуги та робіт, а й до предмета закупівлі товару(-ів)), то давайте самі проаналізуємо, чи це дійсно так, адже з цього питання в експертів існують різні думки.

Наприклад, одні вважають: оскільки в [абз. 4 п. 1 розд. II Порядку № 454](#) не зазначено поняття «кількість», яке співвідноситься з предметом закупівлі «товар», то при закупівлі товарів замовник не має права ділити на лоти за кількістю товарів.

Пропонуємо спочатку звернутися до окремих положень [Закону № 922](#), у яких зустрічаються поняття «обсяг» та «кількість».

Так, відповідно до [ч. 2 ст. 21 Закону № 922](#) в оголошенні про проведення процедури відкритих торгів обов'язково зазначаються, зокрема:

- назва предмета закупівлі;
- **кількість** та місце поставки товарів або обсяг і місце виконання робіт чи надання послуг.

При цьому згідно з [ч. 2 ст. 22 Закону № 922](#) тендерна документація повинна містити, зокрема, інформацію про:

- **кількість** товару та місце його поставки;
- місце, де повинні бути виконані роботи чи надані послуги, їх **обсяги**.

Поряд з цим у [ч. 4 ст. 36 Закону № 922](#) передбачено, що істотні умови договору про закупівлю не можуть змінюватися після його підписання до виконання зобов'язань сторонами в повному обсязі, зокрема, крім таких випадків:

- зменшення **обсягів** закупівлі, зокрема, з урахуванням фактичного обсягу видатків замовника;

— узгодженої зміни ціни в бік зменшення (без зміни **кількості (обсягу)** та якості товарів, робіт і послуг).

Як бачимо, в одних нормах [Закону № 922](#) поняття «обсяг» вживається в контексті «послуг» та «робіт», а в інших — у загальному контексті — як щодо «послуг» і «робіт», так і щодо «товарів».

Отже, можна дійти висновку: у розумінні [Закону № 922](#) такі **поняття як «обсяг» і «кількість» тотожні**.

Поряд з цим, якщо звернути увагу на кваліфікацію складу порушень законодавства про закупівлі, передбачених у [ч. 1 ст. 164¹⁴ КУпАП](#), то одним з порушень є: *«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»*.

Як бачимо, цього разу законодавець вживає термін «обсяги» узагальнено, тобто щодо будь-якого предмета закупівлі згідно з вимогами тендерної документації: товарів, робіт або послуг.

При цьому для дослідження питання вживання поняття «обсяг» в розумінні «кількість товарів» пропонуємо звернутися також і до законодавства, яке регулює інші правовідносини.

Так, у [п.п. «е» п. 201.1 ПКУ](#) передбачено, що в податковій накладній зазначаються в окремих рядках, зокрема, такі обов'язкові реквізити, як опис (номенклатура) товарів/послуг та їх **кількість, обсяг**.

При цьому в [п. 201.4 ПКУ](#) зазначено, що платники ПДВ у разі здійснення постачання товарів/послуг, постачання яких має безперервний або ритмічний характер, можуть скласти не пізніше останнього дня місяця, у якому здійснено такі постачання, зведені податкові накладні на кожного платника податку, з яким постачання мають такий характер, з урахуванням усього **обсягу** постачання товарів/послуг відповідному платнику протягом періоду, за який складається така податкова накладна, протягом такого місяця.

Тож, як бачимо, у податковому законодавстві термін «обсяг» також стосується не тільки послуг, а й товарів, та вживається в розумінні «кількість» товару.

Також не зайвим буде звернутися ще до одного документа — *Словника української мови: в 11 т.* / [ред. колег. І. К. Білодід (голова) та ін.]. — К.: Наукова думка, 1970 — 1980, відповідно до якого слово «обсяг» має такі значення:

1. Розмір, величина чого-небудь.
 2. Зміст чого-небудь з погляду його величини, кількісного вираження і т. ін.
- Тобто слово «обсяг» може бути вживане як до товарів, так і робіт, і послуг.

З огляду на зазначене, можна дійти висновку: в розумінні [абз. 4 п. 1 розд. II Порядку № 454](#) замовник може визначити окремі частини предмета закупівлі (лоти) товару, у тому числі й за обсягом (тобто кількістю товарів). Приклад такого визначення предмета закупівлі наведемо в таблиці:

Предмет закупівлі	Визначення
За обсягом	ДК 021:2015 (4 знак) + конкретна назва товару: лот 1: кількість (обсяг); лот 2: кількість (обсяг)

	ДК 021:2015 — 18110000-3 Формений одяг : лот 1: 5500 шт.; лот 2: 4700 шт.
--	---

Зауважимо: поділ предмета закупівлі на лоти — це право замовника, а не його обов'язок.

При цьому не забувайте про те, що відповідно до **ч. 1 ст. 3 Закону № 922** закупівлі здійснюються, зокрема, за такими принципами:

- максимальна економія та ефективність;
- недискримінація учасників;
- запобігання корупційним діям і зловживанням.

Тож у цьому випадку, наприклад, поділивши предмет закупівлі такого товару, як формений одяг, на два лоти за кількістю, замовник забезпечує більшу конкуренцію учасників, що може ефективно відобразитись на аукціонній ціні товару. Адже цілком ймовірно, що залежно від тих чи інших технічних вимог до того чи іншого предмета закупівлі, не всі потенційні учасники зможуть взяти участь у торгах, якщо закупівля буде на великий обсяг товару без поділу на лоти. Тож у кожному окремому випадку замовникам варто враховувати ймовірні ризики, приймаючи таке рішення.

Чи проводити торги як єдину процедуру закупівлі без поділу на частини, чи все ж таки поділити на лоти предмет закупівлі в межах єдиної процедури закупівлі?

Допоможемо замовникам передбачити можливі ризики. Для цього проаналізуємо практику оскарження дій замовників щодо поділу предмета закупівлі на лоти.

Приклад 1

Так, зі свіженьких прикладів незгоди учасника з діями замовника можна навести закупівлю товару за кодом ДК: 021-2015 — 34630000-2 «Частини залізничних або трамвайних локомотивів чи рейкового рухомого складу; обладнання для контролю залізничного руху». Закупівля на загальну суму 216390,6 грн. (без ПДВ) поділена замовником на 3 лоти. При цьому Товариство з обмеженою відповідальністю «Науково-виробниче об'єднання «ТРАНСАВТОМАТИКА» (далі — Товариство, Скаржник) не погоджується з тим механізмом поділу на лоти, що застосував замовник. Як наслідок, Товариство оскаржило, на його думку, дискримінаційний поділ замовником предмета закупівлі на лоти та обмежуючі участь учасників умови тендерної документації (номер скарги: **UA-2017-07-31-000003-с.б2**).

Із цією закупівлею можна ознайомитись за посиланням:

<https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2017-07-31-000003-с>.

При цьому Скаржник звертає увагу не тільки на дискримінаційний поділ закупівлі на лоти, а й на те, що поділ предмета закупівлі за лотом 3 на окремі позиції є таким, що звужує коло учасників закупівлі, обмежуючи їх участь у цих торгах, у тому числі й Скаржника. Оскільки позиція з найменуванням «Блок витримки часу марки «БВМШ цифровий» відсутня в переліку найменувань виробників та є некоректною, оскільки цифрові Блоки витримки часу марки БВМШ із вказаними в тендерній документації параметрами випускаються виробниками за маркою БВМШ-Ц. При цьому Блок витримки часу марки БВМШ є аналоговим, а не цифровим, і саме до аналогового блоку витримки часу може бути наданий цифровий еквівалент, тобто до БВМШ — БВМШ-Ц, а не навпаки.

Як наслідок, на думку Скаржника, аналоговий виріб у якості еквівалента до цифрового БВМШ не може бути наданий. При цьому, як зазначає Скаржник, БВМШ-Ц (тобто еквівалент заявленій позиції) виробляє лише ТОВ «Укртрансигнал» та НВП «Завод техніки зв'язку і автоматики», що виключає надання пропозиції за цим лотом Скаржника, який має намір подати як еквівалент виріб ПрАТ «Харківський електротехнічний завод «Трансв'язок», який повністю відповідає заявленим характеристикам, але не є цифровим.

Поряд з цим Скаржник зауважив: відповідно до лота 3 в цих торгах передбачається закупівля за позиціями, які в Україні виробляють лише 4 виробника, а саме: ПрАТ «Харківський електротехнічний завод «Трансв'язок» (м. Харків); НВП «Завод техніки зв'язку і автоматики» (м. Львів), ТОВ «Укртрансигнал» (м. Харків), ТОВ «Стальэнерго» (м. Харків). При цьому, як свідчить інформація, розміщена на офіційних сайтах указаних виробників, є лише один виробник, що виготовляє увесь спектр заявленої за цим лотом продукції, а саме: ТОВ «Укртрансигнал».

Як наслідок, з метою постачання усього предмета закупівлі, на думку Скаржника, учасник має набути безпосередні контакти виключно з цим виробником. При цьому Скаржник звертає увагу органу оскарження на те, що замовник не скористався можливістю, передбаченою [Законом № 922](#), щодо поділу предмета закупівлі на окремі частини (лоти) саме таким чином, щоб уникнути штучного звуження кола учасників й надати можливість участі як виробникам за окремими позиціями, так і тим учасникам, що мають безпосередні договори з іншими виробниками, окрім вказаного ТОВ «Укртрансигнал».

Одночасно Скаржник звертає увагу й на інші дискримінуючі умови в тендерній документації, зокрема, на те, що замовник вимагає від учасника, який не є виробником товару, надати копії договору, відповідно до якого учасника визнано офіційним представником або дилером, або дистриб'ютором виробника, або лист про представництво інтересів виробника. На думку Скаржника, ця умова звужує коло потенційних учасників, у тому числі й дискримінує самого Скаржника, який має економічно вигідну пропозицію щодо більшості позицій предмета закупівлі, але не має можливості надати пропозицію за всіма позиціями одного лота. Тож Скаржник вважає, що предмет закупівлі за лотом 3 є штучно розширеним та потребує поділу на окремі частини (з виокремленням в окремі лоти).

Зауважимо: АМКУ призначив розгляд цієї скарги на 31 серпня цього року. Тож слідкуймо разом за перипетіями щодо цього оскарження, хто ж переможе: замовник чи Скаржник.

Зазначимо, що практика АМКУ як органу оскарження в питаннях поділу предмета закупівлі на лоти, виходить із того, чи дискримінує такий поділ учасників або ні та чи може замовник довести об'єктивну необхідність саме такого поділу на лоти або ні. При цьому така практика спостерігається вже давно.

Приклад 2

Так, за результатами розгляду скарги товариства з обмеженою відповідальністю «Торгівельно-промислове об'єднання «Аріста» від 05.07.2012 р. № 717 щодо встановлення публічним акціонерним товариством «ДТЕК Дніпроенерго» дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів на закупівлю — «пластмаси інші у первинних формах (смоли іонообмінні Purolite або еквівалент — 184,3 м³)» (оголошення № 216249, опубліковане в інформаційному бюлетені «Вісник

державних закупівель» від 11.06.2012 р. № 70 (672)), АМКУ *рішенням від 20.08.2012* № 838-Р/ПК-СК зобов'язав замовника внести зміни до документації конкурсних торгів, привівши її у відповідність до вимог закону (зокрема, поділити на лоти). Ця скарга пов'язана з тим, що замовник не обґрунтував та не підтвердив можливість учасників процедури закупівлі запропонувати товар, який буде відповідати вимогам документації конкурсних торгів за всіма позиціями предмета закупівлі без поділу на лоти, зокрема, еквівалента аніоніту Purolite № RW600 R та катіоніту Purolite № RW 100 R.

Разом з тим АМКУ *рішенням від 28.05.2015 р. № 787-р/пк-ск* зобов'язав замовника внести зміни до документації з метою усунення порушень, зазначених у мотивувальній частині цього *рішення*. При цьому замовник не обґрунтував необхідності об'єднання шести найменувань лікарських препаратів у один лот. З позиції органу оскарження зазначене об'єднання обмежує права скаржника та інших учасників, які не мають договірних відносин з виробником, що порушує принципи здійснення закупівель.

А ось в іншій справі навпаки — скаржник не довів та документально не підтвердив необхідність розділення предмета закупівлі за принципом «одне найменування — один лот», а також не довів, яким чином вимоги документації порушують його права чи законні інтереси та перешкоджають узяти участь у процедурі закупівлі. Як наслідок, за результатами розгляду скарги Державної акціонерної компанії «Ліки України» АМКУ *рішенням від 17.03.2016 р. № 504-р/пк-ск* відмовив у її задоволенні.

2. Щодо подання пропозицій за лотами

Також у *листі* Уповноважений орган звертає увагу на особливості подання учасниками тендерних пропозицій за лотами.

Нагадаємо: відповідно до [п. 30 ч. 1 ст. 1 Закону № 922](#) тендерна пропозиція — це пропозиція щодо предмета закупівлі або його частини (лота), яку учасник подає замовнику відповідно до вимог тендерної документації.

При цьому зауважимо: у випадку поділу замовником предмета закупівлі на лоти учасники мають подавати тендерні пропозиції, ураховуючи вимоги тендерної документації щодо такого поділу. Тобто учасникам варто уважно читати умови документації про оформлення та спосіб надання документів у тендерній пропозиції, зокрема, щодо подання тендерної пропозиції в цілому на торги чи окремо на кожен з лотів. Адже неухважність може коштувати учаснику перемоги в торгах. Далі розглянемо на прикладі розгляду скарги АМКУ.

Приклад 3

ТОВ «Укрпромолива» (Скаржник) не погодилося з рішенням замовника по закупівлі *№ UA 2016-07-19-000338-с* щодо відхилення його тендерної пропозиції за лотом 1. При цьому підставою для відхилення було те, що Скаржник надав у складі тендерної пропозиції «Паспорт продукции № 11Л1312839» не українською мовою, що не відповідає вимогам тендерної документації. Водночас Скаржник звернув увагу органу оскарження на те, що «Паспорт продукции № 11Л1312839» є копією паспорта на оливу турбінну ТП — 22С та не має стосунку до лота 1 процедури закупівлі.

Разом з цим АМКУ звернув увагу: відповідно до умов тендерної документації по зазначеній закупівлі передбачено, що тендерні пропозиції подаються учасниками або загалом за предметом закупівлі, або за лотом(-ами). При цьому файли, які містять документи з пропозиціями Скаржника,

були подані загалом, без їх поділу на кожен з трьох лотів, з яких складався предмет закупівлі.

При цьому учасник «загрузив» до електронної системи закупівель Prozorro переклад зазначеного документа, але вже після розкриття тендерних пропозицій.

Як наслідок, орган оскарження дійшов висновку: тендерна пропозиція Скаржника не відповідала умовам документації та була правомірно відхилена замовником за лотом 1.

3. Щодо відміни торгів або визнання їх такими, що не відбулися частково (за лотом)

Відомо, що торги може бути відмінено частково (за лотом). При цьому замовник має право визнати торги такими, що не відбулися частково (за лотом). Але якщо у замовника все ж таки залишається потреба в товарах, роботах чи послугах за відміненим лотом (лотах), то як діяти в такій ситуації?

Мінекономрозвитку у *листі* зазначає, що замовник **має при цьому керуватися вартісними межами**, визначеними у [ст. 2 Закону № 922](#). Розглянемо далі практичну ситуацію з цього питання.

Приклад 4

Замовник відмінив торги за лотом 2, оскільки «подався» лише один учасник. При цьому за лотом 1 виникла економія коштів з огляду на проведений аукціон через електронну систему Prozorro. Надалі замовник так само потребує закупити цей же товар, що закуповув у зазначених торгах.

Чи може замовник укласти два прямих договори: один на суму економії за лотом 1, а інший — за відміненим лотом 2? Чи можливо потрібно скласти суму економії за лотом 1 та невикористані кошти за лотом 2 при вирішенні питання щодо закупівлі? А як бути в разі, якщо замовник не плануватиме використовувати суму економії, а тільки буде закуповувати товари за відміненим лотом, як визначитись у цьому випадку із застосуванням [Закону № 922](#)?

У подібних ситуаціях варто звернути увагу на таке. Якщо на суму економії **за лотом 1** замовнику необхідно **закупити той же предмет закупівлі**, що й предмет закупівлі **за відміненим лотом 2**, то в цьому випадку це є один і той же предмет закупівлі. Отже, якщо очікувана вартість таких товарів дорівнює або перевищує для бюджетників 200 тис. грн., то **варто проводити процедуру закупівлі на весь цей товар**.

Разом з тим, якщо на суму економії за лотом 1 замовник **не потребує закупівлі того ж самого товару**, а планує лише закуповувати товар на суму «незіграного» лота 2, то замовник виходить з того, яка буде **очікувана вартість предмета закупівлі товару за новою закупівлею** за цим же предметом, оскільки замовник не міг передбачити такої відміни за лотом 2. Тож якщо очікувана вартість предмета закупівлі товару за новою закупівлею менша (не дорівнює) 200 тис. грн., то замовник може або провести **«допорогову» закупівлю** через електронну систему Prozorro, або укласти **прямий договір**.

Також не забуваймо у випадку укладання прямого договору оприлюднювати вчасно **звіт про укладені договори**. Нагадаємо, що строк оприлюднення цього звіту становить **один календарний день з дня укладання договору** ([ч. 1 ст. 10 Закону № 922](#)), а форма звіту затверджена [наказом Мінекономрозвитку від 22.03.2016 р. № 490](#).

Крім того знаємо, що у замовників часто-густо виникають запитання щодо можливості застосування переговорної процедури закупівлі у випадку відміни не повністю торгів, а за окремим

лотом. Напевне ви помітили, що Мінекономрозвитку у *листі* не дало відповіді на них. Але оскільки правозастосування положень [Закону № 922](#) є актуальним і з цього питання, то далі розглянемо практичні приклади.

Приклад 5

Замовник частково відмінив дві процедури закупівлі. Наприклад, за одним з чотирьох лотів в кожній з цих двох процедур (у зв'язку з тим, що було подано одну пропозицію), які замовник проводив одна за одною по чергово. Чи можна в цьому випадку застосувати переговорну процедуру для закупівлі товару за відміненими лотами за умови, якщо в переговорній процедурі замовник не буде поділяти предмет закупівлі на лоти?

Для вирішення цієї ситуації насамперед проаналізуємо умови застосування переговорної процедури закупівлі.

Так, згідно з [п. 4 ч. 2 ст. 35 Закону № 922](#) переговорна процедура закупівлі застосовується замовником як виняток у разі, 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.

При цьому визначення терміна «тендер» наведено в [п. 28 ч. 1 ст. 1 Закону № 922](#). Так, **тендер (торги)** — це здійснення конкурентного відбору учасників з метою визначення переможця торгів згідно з процедурами, установленими цим **Законом** (крім переговорної процедури закупівлі).

Разом з тим відповідно до [абз. 5 ч. 1 ст. 31 Закону № 922](#) замовник відмінює торги в разі подання для участі в них менше двох тендерних пропозицій. Крім того, [ч. 1 ст. 31 Закону № 922](#) передбачено, що торги може бути відмінено частково (за лотом).

При цьому замовник визначає предмет закупівлі відповідно до положень [Закону № 922](#) та [Порядка № 454](#).

Як ми зазначали вище, предмет закупівлі товару замовник визначає за показником четвертої цифри **ДК 021:2015**. При цьому лоти може бути визначено за показниками **четвертої — восьмої цифр ДК 021:2015**, а також за обсягом, номенклатурою та місцем поставки товарів, виконання робіт або надання послуг.

З огляду на це, при проведенні тендера за чотирма лотами предмет закупівлі буде визначатися та складатися з двох визначень:

- по-перше, за четвертим знаком **ДК 021:2015**;
- по-друге, або ще за одним показником **ДК 021:2015** (наприклад, за восьмою цифрою), або за обсягом, номенклатурою товару.

При цьому в разі застосування переговорної процедури закупівлі за одним із чотирьох лотів, який два рази поспіль було відмінено в попередніх торгах, предмет закупівлі товару буде визначатися та складатися з одного визначення, а саме: за четвертим знаком **ДК 021:2015**.

Тож формулювання предмета закупівлі в переговорній процедурі буде відрізнятися від того, що було зазначено щодо двох «лотованих» тендерах.

Отже, у ситуації, коли замовник відмінює з чотирьох лотів лише один та відсутнє лотування в переговорній процедурі закупівлі, не буде дотримано повною мірою умови, установлені в [п. 4 ч. 2 ст.](#)

35 Закону № 922 щодо однакового формулювання предмета закупівлі як щодо тендерів, так і при переговорній процедурі.

Приклад 6

У замовника два рази не відбулись торги через недостатню кількість учасників. При цьому перша закупівля була «допорогова» за тимчасовим кошторисом на суму 89 тис. грн., а вдруге був тендер за постійним кошторисом, який відмінили за одним із лотів. Предмет закупівлі один і той же. Чи може замовник застосувати переговорну процедуру у цій ситуації за цим же предметом закупівлі?

Як відомо, переговорна процедура може бути застосована замовником як виняток. І як ми зазначали вище, одним із таких винятків є випадок, установлений **п. 4 ч. 2 ст. 35 Закону № 922**.

При цьому для застосування переговорної процедури саме на підставі зазначеної норми **Закону** мають бути виконані певні умови та підтверджені відповідні юридичні факти. Так, має відбутися відміна саме двох тендерів. Визначення терміна «тендер» знаходимо в **п. 28 ч. 1 ст. 1 Закону № 922**.

Так, тендер (торги) — це здійснення конкурентного відбору учасників з метою визначення переможця торгів згідно з процедурами, установленими цим **Законом** (крім переговорної процедури закупівлі). Види процедур закупівель передбачені в **ч. 1 ст. 12 Закону № 922**. Закупівля може здійснюватися шляхом застосування однієї з таких процедур:

- відкриті торги;
- конкурентний діалог;
- переговорна процедура закупівлі.

Таким чином, **першою** необхідною умовою для застосування переговорної процедури закупівлі є факт проведення саме попередньо двох тендерів, тобто **двох процедур закупівель**, наприклад: двох відкритих торгів.

Другою необхідною умовою для застосування переговорної процедури закупівлі є існування **факту відміни двох (обох!) оголошених процедур закупівель**, наприклад: двох відкритих торгів — через подання для участі в торгах менше двох тендерних пропозицій. Саме така підстава щодо відміни торгів прописана в **абз. 5 ч. 1 ст. 31 Закону № 922**.

Третя необхідна умова для застосування переговорної процедури закупівлі — **не має змінюватися при новій закупівлі предмет закупівлі**, тобто його визначення за **Порядком № 454**, а також його технічні та якісні характеристики.

Четверта необхідна умова для застосування переговорної процедури закупівлі — **не мають змінюватися при новій закупівлі вимоги до учасників**, які попередньо замовник прописував у тендерних документаціях для обох тендерів, які було відмінено.

Таким чином, для того щоб у нашій ситуації замовник міг застосувати переговорну процедуру закупівлі на підставі **п. 4 ч. 2 ст. 35 Закону № 922**, мають виконуватися такі умови:

- два рази замовник провів тендер (відкриті торги або конкурентний діалог);
- обидва тендери відмінено на підставі **абз. 5 ч. 1 ст. 31 Закону № 922**;
- за запланованою переговорною процедурою закупівлі замовник не змінює предмет закупівлі, його визначення здійснюється згідно з **Порядком № 454**, технічні та якісні характеристики предмета закупівлі також залишаються без будь-яких змін;

— при запрошенні учасників на проведення переговорів для проведення переговорної процедури закупівлі замовник вимагає від учасника відповідність його тим же вимогам, що були попередньо зазначені у тендерній документації за обома відміненими тендерами.

З огляду на це, оскільки перша закупівля, яку замовник відмінив, була «допороговою», тобто не була тендером у розумінні вимог [Закону № 922](#), а друга відміна була не тендера як такого, тобто не всієї процедури закупівлі, а її частини (лота), то не вбачається наявності підстав для застосування переговорної процедури закупівлі у такій ситуації на підставі [п. 4 ч. 2 ст. 35 Закону № 922](#).

Як бачимо, навіть таке, на перший погляд здавалося б, нескладне питання як поділ предмета закупівлі на лоти, має свої особливості та приховані підводні рифи, на які варто зважати як замовникам, так і учасникам.

При цьому не зайвим буде звернути увагу закупівельників й на те, що публічні закупівлі під пильним оком не тільки **Держаудитслужби** як органу держфінконтролю в Україні, а й під увагою **громадських організацій, активістів**. Зауважте, що активісти здійснюють моніторинг закупівлі, у тому числі й на предмет поділу замовником предмета закупівлі на лоти в частині того, чи не є дискримінаційним такий поділ, чи немає зловживань у такому випадку. Також громадські активісти аналізують, чи часом не спостерігаються ознаки змови між замовником і учасниками та чи немає ознак антиконкурентних узгоджених дій між учасниками.

За таких обставин підозру в активістів викликають такі закупівлі, у яких:

- поділ предмета закупівлі здійснено на «лоти-близнюки», тобто лоти, які не відрізняються за жодними кількісними, якісними, технічними характеристиками;
- між собою в закупівлі конкурують лише два учасники, при цьому в частині лотів перемагає один, а в іншій частині — інший учасник;
- участь у закупівлі беруть три учасники, при цьому два з яких отримують перемогу в торгах (кожен по частині з лотів), а третього учасника замовник дискваліфікує за всіма лотами;
- при детальному вивченні тендерних пропозицій переможців виявляється їх невідповідність умовам тендерної документації, на що замовник не звернув уваги.

Тож наостанок хочемо замовникам побажати, щоб вони не ділили та не виписували предмет закупівлі «випадково» так, що виконати умови тендерної документації має можливість лише один або два учасника (або ж тільки виробник). Також замовникам не варто «випадково» об'єднувати у єдину закупівлю (або лот) абсолютно різні товари, позбавляючи таким чином можливості фактично всіх виробників безпосередню брати участь в торгах, у зв'язку з відсутністю в асортименті їх виробництва всіх передбачених у єдиній закупівлі (або лоті) позицій. Пам'ятаймо не тільки про закупівельні принципи, а й про загальний принцип не зловживання правом!

Нормативні документи

КУпАП — [Кодекс України про адміністративні правопорушення від 07.12.84 р. № 8073-X](#).

ПКУ — [Податковий кодекс України від 02.12.2010 р. № 2755-VI](#).

Закон № 922 — [Закон України «Про публічні закупівлі» від 25.12.2015 р. № 922-VIII](#).

Порядок № 454 — [Порядок визначення предмета закупівлі, затверджений наказом Мінекономрозвитку від 17.03.2016 р. № 454](#).

ДК 021:2015 — Національний класифікатор України ДК 021:2015 «Єдиний закупівельний

словник», затверджений наказом Мінекономрозвитку від 23.12.2015 р. № 1749.

Лист — лист Мінекономрозвитку «Щодо здійснення закупівель за окремими частинами предмета закупівель (лотами)» від 02.08.2017 р. № 3304-06/26774-06.

публічні закупівлі, предмет закупівлі, здійснення закупівель, лоти