

# Нове поняття в оскарженні — «докази». Що АМКУ вважає доказами?

З 26.06.2021 діють нові правила оскарження процедур закупівель. Зокрема, зміни торкнулись оскарження умов тендерної документації. Так, з названої дати скаржники, оскаржуючи умови тендерної документації, зобов'язані разом зі скаргою завантажувати документальне підтвердження / докази.

Про це йдеться в абзаці 3 частини 2 статті 18 Закону України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон). У разі відсутності завантажених документів (доказів) Постійно діюча адміністративна колегія Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі — Колегія) зобов'язана залишити таку скаргу без розгляду.

Так, відповідно до Цивільного процесуального кодексу України та Кодексу адміністративного судочинства України доказами є будь-які дані, на підставі яких суд встановлює наявність або відсутність обставин (фактів), що обґрунтовують вимоги і заперечення учасників справи, та інших обставин, які мають значення для вирішення справи.

З огляду на вищезазначене, скаржник, оскаржуючи умови тендерної документації, має надати документи, які належним чином обґрунтують наявність у суб'єкта оскарження порушених прав та охоронюваних законом інтересів, зокрема в частині умов тендерної документації, що суперечать законодавству у сфері публічних закупівель і внаслідок яких порушено права чи законні інтереси такої особи, та які Колегія вважає достатнім та належним доказом.

Тому сьогодні на прикладі рішень розглянемо, які документи Колегія вважає достатніми та належними доказами, а які ні.

## Неналежні докази

### Приклад 1. Оскарження вимоги про наявність не менше двох договорів

Рішення від 01.10.2021 № 22383, оголошення [№ UA-2021-08-27-016536-a](#)

**Умова тендерної документації, яка оскаржується:** перелік документів, які надаються учасником для підтвердження інформації про відповідність учасника кваліфікаційному критерію «наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного (аналогічних) за предметом закупівлі договору (договорів)»: довідка за підписом уповноваженої особи учасника та завірена печаткою (у разі використання) з інформацією

про наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного договору (**не менше двох договорів**) за предметом закупівлі: Нафта і дистилляти — за кодом ДК 021:2015 — 09130000-9 за 2019–2020 роки та відомості про такий договір (копія виконаного договору та копії видаткових накладних) відповідно до форми 1 (див. далі) та відгук від замовника (покупця) про якість виконання договору (у вигляді кольорової сканкопії з оригіналу).

**Документи (докази), надані скаржником:** аналогічний договір за 2019–2020 роки з покупцем «К» за № 104 від 21.07.2020 з відгуком про повне виконання за заявками замовника.

**Позиція скаржника:** скаржник зазначає, що він має досвід виконання аналогічного договору за 2019–2020 роки з покупцем «К» за № 104 від 21.07.2020 з відгуком про повне виконання за заявками замовника. Однак, маючи один виконаний аналогічний договір у 2019–2020 роках з усіма необхідними документами (відгук, видаткові тощо), скаржник не зможе взяти участь у закупівлі, хоча він повністю відповідає кваліфікаційним критеріям статті 16 Закону щодо наявності досвіду виконання аналогічного договору.

Питання кількості аналогічних договорів неодноразово оскаржувалося у Колегії. З огляду на рішення можна дійти висновку, що замовник порушив вимоги Закону, застосувавши дискримінаційний підхід до складання вимог тендерної документації, та порушив законні інтереси скаржника. Ураховуючи вищенаведене, просимо зобов'язати замовника внести зміни в цю вимогу тендерної документації.

**Позиція замовника:** відповідно до пункту 3 частини 2 статті 16 Закону замовник установлює один або декілька кваліфікаційних критеріїв, зокрема наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного (аналогічних) за предметом закупівлі договору (договорів). Тобто законодавець надав замовнику право вимагати від учасників закупівлі підтвердження виконання більше одного аналогічного договору. Мінекономіки, надаючи консультації з питань публічних закупівель, неодноразово наголошувало, що перелік документів, якими учасник повинен підтвердити свою відповідність зазначеному кваліфікаційному критерію, визначається замовником самостійно, з огляду на специфіку предмета закупівлі

**Позиція Колегії:** відповідно до частини 2 статті 16 Закону Замовник установлює один або декілька з таких кваліфікаційних критеріїв, зокрема наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного (аналогічних) за предметом закупівлі договору (договорів).

Слід зазначити, що Законом передбачено можливість замовника встановлювати вимогу щодо наявності документально підтвердженого досвіду виконання аналогічних за предметом закупівлі договорів.

Враховуючи викладене, скаржник не довів та документально не підтвердив необхідності внесення змін до тендерної документації в цій частині, у зв'язку з чим відсутні підстави для задоволення скарги в цій частині.

**Коментар:** у цьому рішенні Колегія визначила наданий скаржником аналогічний договір недостатнім аргументом щодо дискримінаційності вимоги про подання не менше двох договорів.

## **Приклад 2. Підтвердження наявності сертифіката інженера-проектувальника у частині кошторисної документації**

Рішення № 27499-р/пк-пз від 13.12.2021, оголошення [№ UA-2021-11-18-011304-a](#)

**Умова тендерної документації, яка оскаржується:** наявність в учасника інженера-проектувальника у частині кошторисної документації, що підтверджується наданням відповідного сертифіката.

**Документи (докази), надані скаржником:** файл «Трудова книжка та накази.pdf» про наявність працівника, який виконує таку роботу без зазначеного сертифіката.

**Позиція скаржника:** скаржник вважає необґрунтованою вимогу замовника в частині підтвердження наявності сертифіката інженера-проектувальника у частині кошторисної документації. Скаржник додає, що вимога щодо наявності сертифіката не відповідає вимогам чинного законодавства, є дискримінаційною та такою, що перешкоджає добросовісній конкуренції серед учасників.

У чинному законодавстві України чітко визначено, в яких випадках потребується наявність кваліфікаційного сертифіката інженера-кошторисника. При цьому в переліку видів робіт (послуг), відповідальні виконавці яких проходять професійну атестацію, відсутній предмет оскаржуваної закупівлі.

Скаржник зазначає, що має на підприємстві працівника — начальника проектно-кошторисного відділу з вищою економічною освітою та досвідом роботи за спеціальністю інженер з проектно-кошторисної роботи — 10 років, що є достатнім для розрахунку кошторисної документації на підставі Дефектного акта (Додаток 1) тендерної документації. На розгляд Колегії скаржник надав, зокрема, документ — файл «Трудова книжка та накази.pdf».

**Позиція замовника:** Закон не забороняє замовникам, з метою досягнення вищого рівня ефективності, висувати до всіх учасників вимоги щодо залучення до виконання робіт кваліфікованих фахівців та вимоги підтвердження такої кваліфікації, у тому числі шляхом надання копії кваліфікаційного сертифіката. Також слід зазначити, що вимоги постанови Кабміну № 554 від 23.05.2011, на які посилається скаржник, містять обов'язковий перелік робіт, пов'язаних зі створенням об'єктів архітектури, виконавці яких проходять професійну атестацію, та водночас не містять заборони щодо залучення таких виконавців до інших видів робіт за бажанням замовника.

**Позиція Колегії:** скаржник не довів та документально не підтвердив необхідності

внесення змін до тендерної документації в цій частині, а також документально не підтвердив неможливості виконання вказаної умови тендерної документації та не довів, яким чином наведена вище умова тендерної документації порушує права та законні інтереси скаржника, пов'язані з участю у процедурі закупівлі, у зв'язку з чим відсутні підстави для задоволення скарги в цій частині.

**Коментар:** трудову книжку та наказ про прийняття на роботу працівника, який виконує роботу, аналогічну предмету закупівлі, Колегія визнала недостатнім та неналежним аргументом, оскільки ці документи не підтвердили неможливості виконання вказаної умови.

Тому скаржникам у таких випадках доцільніше надавати документи, які свідчать, що певні роботи чи послуги можна виконувати без дозвільних документів, які не є обов'язковими. Зокрема, прикріпляти нормативно-правові документи.

### **Приклад 3. Оскарження технічних характеристик, прописаних під одного виробника**

Рішення № 25614-р/пк-пз від 15.11.2021, оголошення [№ UA-2021-10-13-004233-с](#)

**Умова тендерної документації, яка оскаржується:** технічним вимогам до предмета закупівлі «Кухонне приладдя, товари для дому», на переконання скаржника, відповідає лише продукція одного виробника.

**Документи (докази), надані скаржником:** файл «інформація про технічні, якісні та кількісні характеристики предмета закупівлі» (технічні специфікація)», де зазначені еквівалентні засоби, які може запропонувати скаржник у цій закупівлі.

**Документи (докази), надані замовником:** порівняльна таблиця відповідності вимогам тендерної документації продукції різних виробників.

**Позиція скаржника:** у додатку 1 тендерної документації прописано вимоги до предмета закупівлі, сукупності яких за кожною позицією, з урахуванням комплексу документів, що вимагаються, відповідає лише продукція конкретних торговельних марок.

Жоден учасник, що пропонує «еквіваленти», не зможе виконати усі вимоги замовника. Скаржник просить зобов'язати замовника підкріпити декларування гіпотетичної можливості надання еквівалентів вказаних у тендерній документації продуктів доведенням наявності реальних еквівалентів за кожною позицією предмета закупівлі на ринку, враховуючи всю описану ним сукупність вимог до показників та документів, що надаються на еквіваленти згідно з додатком 1 тендерної документації.

**Позиція Колегії:** додаток 1 тендерної документації містить технічні, якісні та кількісні характеристики предмета закупівлі. Враховуючи наведене, зокрема документи, надані замовником на підтвердження наявності щонайменше двох виробників, продукція яких

відповідає всім вимогам тендерної документації, скаржник не довів та документально не підтвердив необхідності внесення змін до тендерної документації в цій частині, а також документально не підтвердив неможливості виконання вказаної умови тендерної документації та не довів, яким чином наведена вище умова тендерної документації порушує права та законні інтереси скаржника, пов'язані з участю у процедурі закупівлі, у зв'язку з чим відсутні підстави для задоволення скарги в цій частині.

**Коментар:** файл з інформацією про технічні, якісні характеристики предмета закупівлі Колегія не визначила належним та достатнім доказом для підтвердження дискримінаційних вимог щодо технічних характеристик, які прописані під одного виробника, оскільки з такої інформації зрозуміло тільки, яку продукцію може постачати скаржник.

Водночас у таких випадках правильніше надавати порівняння технічних характеристик товарів, які є предметом закупівлі, та ймовірних еквівалентів.

## Належні докази

### Приклад 4. Оскарження наявності в учасника не менше двох власних автомобілів

Рішення № 1385-р/пк-пз від 24.01.2022, оголошення [№ UA-2021-12-14-004791-b](#)

**Умова тендерної документації, яка оскаржується:** надання у складі тендерної пропозиції документів, які підтверджують наявність в учасника не менше двох власних автомобілів транспорту реагування.

**Документи (докази), надані скаржником:** договір щодо надання послуг з реагування від 22.01.2021 № 22/01/2021, свідоцтва про реєстрацію транспортних засобів — три одиниці, фото транспортного засобу.

**Позиція скаржника:** ця вимога є дискримінаційною та обмежує коло учасників, які зможуть взяти участь у закупівлі з огляду на таке: скаржник не має власних автомобілів, однак може підтвердити свою відповідність цьому кваліфікаційному критерію шляхом надання у складі пропозиції договору реагування, укладеного з іншим охоронним підприємством, та документів, що вимагаються тендерною документацією на залучені автомобілі. Однак скаржник не може взяти участь у закупівлі, незважаючи на свою відповідність кваліфікаційному критерію про наявність автомобілів, у зв'язку зі встановленням цієї вимоги в тендерній документації.

**Позиція Колегії:** враховуючи наведене, взяти участь у процедурі закупівлі зможуть суб'єкти господарювання, які мають не менше двох саме власних автомобілів транспорту реагування, що є дискримінаційним щодо інших суб'єктів господарювання, у тому числі скаржника. Частиною 1 статті 5 Закону визначено, що закупівлі здійснюються, зокрема, за

принципом недискримінації учасників, відкритості та прозорості на всіх стадіях закупівель. Згідно з частиною 4 статті 5 Закону замовники не мають права встановлювати жодних дискримінаційних вимог до учасників. Замовник повинен внести зміни до тендерної документації.

**Коментар:** договір щодо надання послуг з реагування із субпідрядником, свідоцтва про реєстрацію транспортних засобів та фото транспортного засобу Колегія визначила достатніми та належними доказами щодо залучення до виконання послуг, визначених предметом закупівлі. Водночас вимогу щодо наявності не менше двох саме власних автомобілів транспорту реагування Колегія визначила дискримінаційною, оскільки такі послуги можуть надавати і субпідрядники.

### **Приклад 5. Оскарження технічних характеристик, прописаних під одного виробника**

Рішення № 27762-р/пк-пз від 16.12.2021, оголошення [№ UA-2021-11-24-016093-а](#)

**Умова тендерної документації, яка оскаржується:** технічним вимогам до предмета закупівлі «дилютер гравіметричний», на переконання скаржника, відповідає лише продукція одного виробника.

**Документи (докази), надані скаржником:** порівняльна таблиця технічних параметрів гравіметричних дилютерів.

**Позиція скаржника:** скаржник зазначає, що з урахуванням саме сукупних вимог до предмета закупівлі відсутні два виробники, які можуть запропонувати такий дилютер гравіметричний (крім виробника «І»), представлених на території України, які б відповідали вимогам додатка 2 «Інформація про необхідні технічні, якісні та кількісні характеристики предмета закупівлі».

Роздільна здатність має бути при зважуванні до 200 г, або більшої ваги: 0,01 г або точніша. Коефіцієнт розведення має бути: 1/2 до 1/99 або більше. Наразі існують декілька виробників, які мають уповноважених представників на території України, які здатні запропонувати дилютери гравіметричні, характеристики яких повністю відповідають загальноствановленим стандартам щодо товарів відповідного типу, але з відмінними технічними характеристиками (організацією пристрою для відкривання пакетів, організацією протоколювання результатів, відображенням на екрані вимірювальних показників та / або експортованих даних, організацією підключень приладів для протоколювання (принтера, комп'ютера та іншого додаткового обладнання)), що жодним чином не впливають на призначення предмета закупівлі (дилютера гравіметричного) та повністю відповідають чинній законодавчій базі України.

Замовник встановив дискримінаційні сукупні вимоги, які позбавляють потенційних учасників, зокрема ТОВ «Ю» як офіційного дистриб'ютора компанії «А», можливості взяти

участь у закупівлі і призводять до штучного звуження кола потенційних учасників, що не забезпечує добросовісної конкуренції та порушує вимоги частини 4 статті 22 Закону. Скаржник на розгляд Колегії надав, зокрема, порівняльну таблицю технічних параметрів гравіметричних дилютерів.

**Позиція Колегії:** замовником не надано документів, що підтверджують наявність щонайменше двох виробників, продукція яких відповідає умовам тендерної документації. Замовник не обґрунтував необхідності встановлення у тендерній документації наведеної вище вимоги у вказаній редакції, а також **не спростував інформацію, наведену скаржником у скарзі**, щодо відповідності зазначеним умовам тендерної документації продукції одного виробника. За таких умов участь у процедурі закупівлі зможуть взяти лише учасники, які запропонують продукцію конкретного виробника, що є дискримінаційним щодо інших суб'єктів господарювання, у тому числі скаржника.

**Коментар:** скаржник надав на розгляд Колегії порівняльну таблицю технічних параметрів гравіметричних дилютерів, де було показано, що вимоги до технічних характеристик були прописані саме під одного виробника, що є дискримінаційним відповідно до Закону.

### **Приклад 6. Оскарження технічних характеристик, прописаних під одного виробника**

Рішення № 27774-р/пк-пз від 16.12.2021, оголошення [№ UA-2021-11-24-016091-a](#)

**Умова тендерної документації, яка оскаржується:** технічним вимогам до предмета закупівлі «автоматизований прилад для розливу середовищ в чашки Петрі», на переконання скаржника, відповідає лише продукція одного виробника.

**Документи (докази), надані скаржником:** порівняльна таблиця технічних параметрів автоматизованого приладу для розливу середовищ в чашки Петрі.

**Позиція скаржника:** скаржник зазначає, що у Додатку 2 тендерної документації містяться технічні вимоги до предмета закупівлі, яким у сукупності відповідає лише продукція виробника «А». Скаржник надає таблицю виробників автоматичних приладів для розливу середовищ у чашки Петрі з посиланням на сторінки сайту з описом товару відповідних характеристик та їх представників в Україні.

Скаржник зазначає, що таблиця свідчить, що немає двох виробників з офіційними представниками в Україні, які можуть запропонувати предмет закупівлі (автоматизований прилад для розливу середовищ в чашки Петрі), які б повністю відповідали вимогам додатка 2.

**Позиція Колегії:** замовник документально не підтвердив, що всім у сукупності технічним вимогам, встановленим у додатку 2 тендерної документації, відповідає продукція щонайменше двох виробників. За таких умов участь у процедурі закупівлі зможуть взяти

лише учасники, які запропонують продукцію конкретного виробника, що є дискримінаційним щодо інших суб'єктів господарювання, у тому числі скаржника.

Дії замовника в частині встановлення у тендерній документації наведених вище вимог порушують вимоги статті 5 та частини 4 статті 22 Закону, якими передбачена недискримінація учасників, а також права та законні інтереси скаржника, пов'язані з його участю у процедурі закупівлі, та принципи недискримінації учасників та рівного ставлення до них, передбачені статтею 5 Закону. Враховуючи вищевикладене, замовник повинен усунути наведені вище невідповідності шляхом внесення відповідних змін до тендерної документації в цій частині.

**Коментар:** це рішення є аналогічним до попереднього, зокрема єдиним та достатнім доказом була порівняльна таблиця технічних параметрів предмета закупівлі.

## Висновок

З 26.06.2021 обов'язковою умовою подання скарги на умови тендерної документації є завантаження документів / доказів поряд зі скаргою. При цьому варто пам'ятати, що в разі відсутності завантажених документів (доказів) Колегія зобов'язана залишити таку скаргу без розгляду на підставі частини 12 статті 18 Закону.

Скаржникам варто враховувати, що документи (докази), які подаються, повинні бути належним та достатнім підтвердженням порушення замовником законодавства в частині встановлення вимог у тендерній документації. Тобто скаржник повинен завантажувати документи, які безпосередньо доводять порушення законодавства.

При оскарженні, наприклад, технічних характеристик предмета закупівлі, прописаних під одного виробника, скаржникам слід завантажувати порівняння технічних характеристик товарів, які є предметом закупівлі, що підтверджується практикою Колегії. При оскарженні умови про наявність в учасника не менше двох власних автомобілів слід завантажувати договір щодо надання послуг із субпірядником.

Більше статей за темою — на порталі [RADNUK.COM.UA](https://radnuk.com.ua):

[«Обережно: відсутні докази при поданні скарги»](#);

[«Як оскаржити рішення Колегії / Органу оскарження у суді»](#);

[«Скарги та докази скаржників починаючи з 26.06.2021: практика АМКУ»](#).





Додатково із зразків документів для вашого завантаження:

**[Приклад скарги на умови тендеру](#)**

**[Приклад скарги на рішення, дії чи бездіяльність замовника після оцінки тендерних пропозицій](#)**

**[Приклад заяви скаржника про участь у розгляді скарги шляхом застосування телекомунікаційних систем в інтерактивному режимі реального часу](#)**