

Три ситуації, де є дискримінація: вимоги до обладнання, матеріально-технічної бази й актуальна практика АМКУ

Тендерна документація — це обов'язковий документ, що розробляє замовник та оприлюднює на вебпорталі Уповноваженого органу. Саме на підставі умов тендерної документації учасники готують тендерну пропозицію, тобто головне правило є таким: **тендерна пропозиція = тендерна документація.**

Відповідно до [п. 2 ч. 2 ст. 22 Закону України «Про публічні закупівлі»](#) (далі — Закон) тендерна документація повинна містити один або декілька кваліфікаційних критеріїв до учасників та інформацію про спосіб підтвердження відповідності учасників установленим критеріям, а саме:

наявність обладнання й матеріально-технічної бази;

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

наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного договору.

На сьогодні в тендерній документації замовники встановлюють дискримінаційні вимоги, і саме в цій публікації ми розглянемо, які вимоги щодо підтвердження наявності обладнання й матеріально-технічної бази (далі — МТБ) можуть бути дискримінаційними для учасників.

Розпочнемо з визначення «дискримінація». Поняття дискримінації Законом не визначено та є суб'єктивним, загальне значення дискримінації (лат. *discriminatio* «розрізнення») — будь-яка відмінність, виключення, обмеження або перевага, що заперечує або зменшує рівне здійснення прав. Поняття охоплює виключення або обмеження можливостей для особи відносно можливостей інших осіб (у нашому випадкові учасників). Зважаючи на те, що Закон не містить переліку умов, які за своїм змістом можуть вважатися дискримінаційними, й оцінюючи перспективу оскарження, варто послуговуватися вже наявною практикою Антимонопольного комітету України та судовою практикою в подібних питаннях.

Вимогою Закону є саме **наявність** МТБ, тобто головне, щоб вона була наявна. Наявність МТБ може бути підтверджено:

власною МТБ (відповідно до документів, що підтверджують право власності);

орендованою МТБ (відповідно до договору оренди / користування / найму / лізингу

тощо);

залученою МТБ (відповідно до договору про надання послуг).

Отже, про те, які вимоги Колегія АМКУ може визнати дискримінаційними щодо підтвердження такого кваліфікаційного критерію, як «наявність обладнання та матеріально-технічної бази», ми й поговоримо далі на прикладі трьох різних ситуацій.

Ситуація 1. Замовник вимагає лише власну та/або орендовану МТБ: чи є дискримінація?

Доволі часто замовники, встановлюючи кваліфікаційні критерії, забувають про те, що в учасника є право самостійно обирати спосіб залучення МТБ, і встановлюють вимогу щодо наявності, наприклад, тільки власної МТБ. Або встановлюють вимогу щодо наявності власної чи орендованої МТБ. Такі вимоги можуть призвести до дискримінації певного учасника, який, наприклад, залучає її відповідно до договору про надання послуг. Розглянемо як приклад рішення Колегії АМКУ із цього приводу.



**Витяг з рішення Колегії АМКУ,
оголошення № [UA-2019-10-18-003446-b](#)**

У тендерній документації замовника встановлено вимогу щодо наявності в учасника власного та/або орендованого транспортного засобу. Також учасник має надати в складі тендерної пропозиції копії правовстановчих документів тільки на власний та/або орендований автотранспорт, що пристосовані для перевезення предмета закупівлі. Скаржник зазначає, що ТОВ «Х» не має власних транспортних засобів, також скаржник не має орендованих транспортних засобів. **Під час здійснення своєї господарської діяльності ТОВ «Х» для доставки товару на адресу споживача користується залученим автотранспортом на підставі договорів про надання транспортних послуг автомобільним транспортом.** Таким чином, ТОВ «Х» має достатній технічний потенціал для доставки паливних пелет з деревини на адресу замовника торгів вантажними автомобілями, які використовують відповідно до умов договору з надання транспортних послуг. Рішення Колегії АМКУ: замовника зобов'язано внести зміни до тендерної

документації.

Ситуація 2. Замовник вимагає конкретне територіальне розміщення МТБ: чи є дискримінація?

Чи доцільно встановлювати вимогу щодо наявності в учасника МТБ, яка повинна бути розміщена на території міста Києва під час закупівлі, наприклад, робіт? Звичайно, ні. Учасник може знаходитися в місті Львові й не зобов'язаний для участі в тендері перевозити свою МТБ, не знаючи, чи переможе він у закупівлі. Розглянемо приклад рішення Колегії АМКУ із цього приводу.



Витяг з рішення Колегії АМКУ, оголошення № [UA-2019-09-25-000490-a](#)

Скаржник зазначає, що підпунктом 1.1 додатка 1 до документації замовник вимагає надання учасниками копії документа, що підтверджує наявність на території Одеської області складу, приміщення, іншого для зберігання товару. Дана вимога документації є дискримінаційною щодо учасників та спрямована виключно на обмеження конкуренції та допущення до участі в тендері виключно суб'єктів господарювання, місцезнаходження або будь-які приміщення яких розміщені виключно на території Одеської області. Виконати наведену вище умову документації зможуть лише ті суб'єкти господарювання, які на момент подання пропозиції мають склад, приміщення, інше для зберігання товару саме на території Одеської області та можуть надати відповідні підтвердні документи, що є дискримінацією щодо інших суб'єктів господарювання, у тому числі скаржника.

Рішення Колегії АМКУ: замовника зобов'язано внести зміни до тендерної документації.

Ситуація 3. Замовник вимагає наявність МТБ, яка не пов'язана із закупівлею: чи є дискримінація?

Як приклад можемо розглянути закупівлю меблів, коли замовник у тендерній документації встановлює вимогу щодо підтвердження наявності виробничих потужностей, хоча заповує товар. Звичайно, така вимога не є доцільною, тому що рідко на закупівлі приходять саме виробники продукції, найчастіше — дилери та представники виробників. Тому така вимога може дискримінувати учасників. Розглянемо приклад рішення Колегії АМКУ із цього приводу.



Витяг з рішення Колегії АМКУ, оголошення № [UA-2019-11-27-000188-a](#)

Скаржник зазначає, що вимога документації щодо надання **довідки про виробника продукції із зазначенням його місцезнаходження виробничих потужностей** суперечить меті закупівлі, оскільки **метою закупівлі не є будь-які роботи, а є поставка конкретних товарів**, а отже запит таких відомостей стосується іншої особи, яка не є учасником (потенційним учасником) процедури закупівлі. На думку скаржника, вимога є дискримінаційною, оскільки будь-хто не зможе дізнатися про матеріально-технічну базу виробника (особливо це стосується іноземного), повний асортимент продукції, який він випускає, місцезнаходження виробничих потужностей.

Рішення Колегії АМКУ: замовника зобов'язано внести зміни до тендерної документації.

Маємо надію, що вказівка на конкретні приклади допоможе учасникам зорієнтуватися в поняттях та нюансах дискримінації, а замовникам допоможе зрозуміти можливі ризики. Усім вдалих закупівель!