

# Стаття 16. Кваліфікаційні критерії: що змінилось, як і коли їх встановлювати та які документи вимагати?

Ось і добігла кінця дія Закону «Про здійснення закупівель» від 10.04.2014 № 1197-VII (далі — Закон про здійснення державних закупівель): з 1 серпня всі замовники вже повинні керуватися у своїй закупівельній діяльності Законом України «Про публічні закупівлі» від 25.12.2015 № 922-VIII (далі — Закон, Закон про публічні закупівлі).

Як і Закон про здійснення державних закупівель, Закон про публічні закупівлі дає право замовникам встановлювати для учасників торгів кваліфікаційні критерії та вимагати їх документального підтвердження. Проте стаття 16 Закону зазнала певних змін. Пропонуємо вам, шановні наші читачі, зупинитися на кожному з кваліфікаційних критеріїв окремо, розглянути зміни, яких зазнав той чи інший критерій, які документи можуть вимагати замовники на підтвердження відповідності певному кваліфікаційному критерію, як при цьому не дискримінувати учасників і які документи учасники мають право не подавати у складі своєї пропозиції.

Спершу пропонуємо розглянути механізм встановлення та перевірки пропозиції учасника на відповідність кваліфікаційним критеріям та спосіб подачі учасником документів на підтвердження кваліфікаційних вимог відповідно до Закону про публічні закупівлі.

## Коли ж встановлюють кваліфікаційні критерії?

Відповідь на дане запитання міститься в частині 3 статті 16 Закону про публічні закупівлі, в якій зазначено, що визначені замовником згідно із цією статтею кваліфікаційні критерії та перелік документів, що підтверджують інформацію учасників про відповідність їх таким критеріям, зазначають у тендерній документації та вимагають під час проведення переговорів з учасником (у разі застосування переговорної процедури закупівлі).

Абзац 2 частини 3 статті 16 Закону визначає випадки, коли замовник **не встановлює** кваліфікаційні критерії та **не визначає** перелік документів, що підтверджують подану учасниками інформацію про відповідність їх таким критеріям. До них належать 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- і телесигналів;

послуг із централізованого водопостачання та/або водовідведення;

послуг з перевезення залізничним транспортом загального користування.

**Зміни.** Доцільно зазначити, що Законом про публічні закупівлі розширено перелік тих випадків, коли замовник не встановлює кваліфікаційні критерії та відповідно не визначає перелік документів, що підтверджують подану учасниками інформацію про відповідність їх таким критеріям, двома категоріями — «централізоване постачання гарячої води» і «послуги з централізованого опалення» — та виключено з переліку цих випадків категорію «природний і нафтовий газ».

## Які документи учасники мають право не подавати у складі своєї пропозиції?

Частиною 4 статті 16 Закону про публічні закупівлі визначено, що документи, не передбачені законодавством для учасників (юридичних, фізичних осіб, у тому числі фізичних осіб-підприємців), учасники не подають у складі тендерної пропозиції, їх не вимагають під час проведення переговорів з учасником (у разі застосування переговорної процедури закупівлі).

**Зміни.** Та незважаючи на це, трапляються непоодинокі випадки, коли замовники вимагають у своїй документації від учасників додатково документи, не передбачені законодавством, і відхиляють пропозиції тих учасників, які не надали у складі своїх пропозицій цих документів через невідповідність умовам тендерної документації.

Для запобігання таким діям законотворці передбачили в абзаці 2 частини 4 статті 16 Закону, що відсутність документів, які 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.

Наша редакція радить замовникам дану норму перенести в тендерну документацію, а також бути уважними при включенні вимог щодо надання учасниками інших документів. Учасникам же для уникнення можливих непорозумінь із замовником радимо у складі своїх пропозицій подавати лист з поясненням про законодавчі підстави ненадання тих чи інших документів, передбачених тендерною документацією.

## Яким же чином подавати учасникові документи на підтвердження кваліфікаційних вимог?

У зв'язку з тим, що Закон про публічні закупівлі передбачає використання електронної системи закупівель, усі документи оформляють і подають в електронному вигляді через спеціалізовані електронні майданчики. Тож звертаємо увагу учасників публічних закупівель, що документи, які підтверджують відповідність учасника кваліфікаційним (кваліфікаційному) критеріям, подають в окремому файлі (частина 1 статті 25 Закону). Отже, учасникам необхідно підвантажувати необхідні відскановані документи, які підтверджують їх відповідність кваліфікаційним критеріям, установленим в тендерній документації, в окремому файлі.

## На якому етапі замовник перевіряє відповідність учасника кваліфікаційним критеріям?

**Відкриті торги.** Частиною 1 статті 27 Закону про публічні закупівлі передбачено, що розкриття тендерних пропозицій з інформацією та документами, що підтверджують відповідність учасника кваліфікаційним критеріям, здійснюється автоматично електронною системою закупівель відразу після закінчення електронного аукціону. Також, згідно з частиною 1 статті 28 Закону, оцінку тендерних пропозицій електронна система закупівель проводить автоматично на основі критеріїв і методики оцінки, зазначених замовником у тендерній документації, та шляхом застосування електронного аукціону.

Відповідно розгляд тендерних пропозицій на відповідність вимогам тендерної документації, у тому числі кваліфікаційним вимогам, замовник здійснює після оцінки пропозицій, починаючи з учасника, пропозиція якого за результатом оцінки визначена найбільш економічно вигідною (частина 4 стаття 28 Закону).

**Міжнародні торги.** Для «дорожчих» закупівель передбачено інший порядок перевірки відповідності учасника кваліфікаційним критеріям. У разі якщо оголошення про проведення процедури закупівлі оприлюднюють відповідно до положень частини 4 статті 10 цього Закону, то розкриття частини тендерної пропозиції з інформацією і документами, що підтверджують відповідність учасника кваліфікаційним критеріям, здійснюється електронною системою закупівель автоматично в день і час закінчення строку подання тендерних пропозицій, зазначених в оголошенні про проведення процедури закупівлі (частина 1 статті 27 Закону).

**Конкурентний діалог.** Дана процедура закупівлі відбувається в 2 етапи. Інформацію ж про відповідність учасника кваліфікаційним критеріям, визначеним замовником у тендерній документації, всім учасникам пропонують подати на першому етапі (частина 2 статті 34 Закону).

**Переговорна процедура.** При застосуванні переговорної процедури подання інформації про відповідність учасника кваліфікаційним вимогам відповідно до статті 16 Закону вимагає (і перевіряє) замовник від учасника під час проведення переговорів (частина 1 статті 35 Закону).

Звертаємо увагу учасників публічних закупівель, що інформація, обґрунтовано визначена учасником конфіденційною, не підлягає розкриттю. При цьому документи, що підтверджують відповідність кваліфікаційним критеріям відповідно до статті 16 Закону, не можуть бути визначені як конфіденційна інформація. Тому учасники, які мають бажання скористатись такою можливістю зазначення певних документів конфіденційними у своїй пропозиції, повинні бути уважними при наданні документам статусу конфіденційних.

## Які ж критерії може встановлювати замовник?

Звернімося знову до статті 16 Закону. Відповідно до частини 1 уже згаданої статті Закону про публічні закупівлі замовник вимагає від учасників подання ними документально підтвердженої інформації про їх відповідність кваліфікаційним критеріям.

А вже частина 2 статті 16 Закону визначає такий перелік критеріїв:

наявність обладнання та матеріально-технічної бази;

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

наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного договору.

При цьому, як ми вже знаємо, замовник може встановлювати один або ж декілька з перерахованих кваліфікаційних критеріїв.

**Зміни.** Звертаємо вашу увагу, що якраз дана частина статті 16 Закону зазнала змін. Якщо її порівнювати із Законом про здійснення державних закупівель, то з переліку кваліфікаційних критеріїв виключено критерій «наявність фінансової спроможності (баланс, звіт про фінансові результати, звіт про рух грошових коштів, довідка з обслуговуючого банку про відсутність (наявність) заборгованості за кредитами)».

Також зміни зазнав критерій «наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного договору»: відповідно до Закону про публічні закупівлі замовник може вимагати на підтвердження даного критерію інформацію про наявність документально підтвердженого досвіду **одного** аналогічного договору. Згідно ж із Законом про здійснення державних закупівель, треба було надати підтвердження щонайменше двох аналогічних договорів.

Питання встановлення кваліфікаційних критеріїв та документального підтвердження їх

відповідності розглянемо з огляду на наявні оскарження учасників та рішення щодо них постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері державних закупівель (далі — АМКУ), адже стаття 18 Закону передбачає можливість оскарження прийнятих рішень, дій чи бездіяльності замовника, які відбулися після розгляду тендерних пропозицій на відповідність учасників кваліфікаційним критеріям. А стаття 30 Закону про публічні закупівлі визначає, що в разі невідповідності кваліфікаційним (кваліфікаційному) критеріям, установленим статтею 16 даного Закону, замовник відхиляє таку тендерну пропозицію учасника. Ось ми й підійшли до детальнішого розгляду кожного з кваліфікаційних критеріїв окремо.

## **Наявність обладнання та матеріально-технічної бази**

Найпростішим способом підтвердження наявності в учасника обладнання та матеріально-технічної бази є довідка в довільній формі. Такий спосіб підтвердження є найбільш зручним для учасника, адже він на свій розсуд подає в даній довідці інформацію стосовно того чи іншого обладнання, приміщень або інших основних засобів.

Дуже часто можна зустріти вимогу щодо надання довідки за формою, установленою замовником. Звичайно, така довідка є більш прийнятною для замовника, адже замовник у формі цієї довідки зазначає, яку саме інформацію він хотів би бачити стосовно матеріальних і технічних потужностей учасника.

Проте інформація, яку хоче бачити замовник у такій довідці, не повинна бути дискримінаційною щодо інших суб'єктів господарювання. Розглянемо, наприклад, один з таких випадків, опираючись на наявну практику оскаржень (рішення АМКУ 1361-р/пк-ск від 31.10.2014).

Замовник встановив форму довідки, згідно з якою передбачив надання інформації стосовно року виготовлення та балансової вартості обладнання (устаткування). Учасник поскаржився на дану вимогу, адже з деякого переліку матеріально-технічної бази він не може визначити її рік виготовлення та балансову вартість. У даному випадку АМКУ виніс рішення на користь скажника, бо наведена вимога стосовно надання вищезазначеної інформації в довідці обмежує коло учасників лише тими суб'єктами господарювання, які мають інформацією стосовно року виготовлення та балансової вартості обладнання, устаткування тощо, яке зазначено в довідці про наявність в учасника обладнання та матеріально-технічної бази. А отже, у такому випадку замовник порушив такі принципи здійснення закупівель, як: недискримінація учасників, добросовісна конкуренція серед учасників.

Додатково з наданням тієї чи іншої довідки замовник може також прописати в тендерній документації вимогу щодо надання копій підтверджувальних документів. Які ж саме документи можуть підтвердити відповідність учасника даній вимозі? Такими підтверджувальними документами можуть бути документи на право володіння чи

користування відповідним обладнанням, приміщеннями.

Але при встановленні даної вимоги замовник повинен бути обережним, щоб не обмежити коло учасників, а саме передбачити обов'язково і право володіння, і користування, щоб у державних закупівлях змогли взяти участь як ті учасники, обладнання чи приміщення яких є їхньою власністю, так і ті, що користуються відповідними основними засобами чи нерухомістю на підставі відповідних договорів оренди (лізингу, тимчасового користування та інших). Для підтвердження даної оренди замовник може попросити копії таких договорів.

## **Наявність працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід**

Як і у випадку з попередньою вимогою, на підтвердження наявності працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід, замовник може вимагати від учасника надання довідки в довільній формі, довідки за встановленою замовником формою, а також копій інших документів, що підтверджують кваліфікацію працівників (копії дипломів, сертифікатів, допусків, трудових книжок тощо).

Варто зауважити, що є доволі багато оскаржень за даною вимогою, а тому зупинимося на деяких нюансах, які виникають при встановленні замовниками документального підтвердження учасниками їх відповідності вищезазначеній вимозі. Доволі часто замовники вимагають надання копії паспорта та/або ідентифікаційного коду. Наша редакція не радить вимагати копії таких документів, адже вони містять персональні дані. Не кожен співробітник організації (підприємства чи установи) учасника погодиться на обробку його персональних даних. У такому випадку цей учасник вже не зможе взяти участь у процедурі закупівлі, а замовник, прописавши таку вимогу, звужить коло потенційних учасників і дискримінує їх. У результаті учасник матиме право оскаржити вимогу замовника.

Також необхідно розуміти, що, вказуючи певні документи, якими учасник може підтвердити наявність працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід, потрібно чітко зазначити, які саме документи, якої форми, з яким строком дії (якщо такий є) замовник хоче бачити. Для прикладу візьмемо рішення АМКУ № 542-р/пк-ск від 22.03.2016, відповідно до якого учасник скаржить на неправомірне відхилення замовником через надання копій особових медичних книжок на працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід, за формою старого зразка, яка втратила чинність і є недійсною. Проте документація замовника не містила вимог до форми надання медичних книжок працівників, а тому пропозиція даного учасника була неправомірно відхилена замовником з наведеної вище підстави.

Разом з тим звертаємо увагу учасників на повноту надання підтверджувальних документів. Розглянемо це в розрізі вже наявних рішень АМКУ. Відповідно до рішення № 427-р/пк-ск від 31.03.2015 бачимо, що учасником надано відповідно до вимог замовника

підтверджувальні документи вказаних у довідці працівників (копії відповідних аркушів трудових книжок або інших документів, що підтверджують роботу працівників на підприємстві учасника) не в повному обсязі, оскільки не надано підтверджувальних документів на одного зі вказаних у довідці працівників, а саме відсутня копія трудової книжки, за що його й було правомірно відхилено замовником.

## **Наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного договору**

Почнемо знову, як і при розгляді попередніх кваліфікаційних вимог, з довідки в довільній формі та довідки за встановленою замовником формою, які також є актуальними для підтвердження учасником наявності документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного договору. Окрім зазначених довідок, замовник також може вимагати від учасника копію договору та документів про його виконання (акти, накладні). Звертаємо вашу увагу, що у випадку надання документів про виконання договору такі документи мають бути подані обов'язково на всю суму договору. Тільки таким чином факт повного виконання договору буде підтверджено. Так, наприклад, АМКУ було прийнято рішення не на користь учасника, який надав копії актів прийняття виконаних будівельних робіт на суму, меншу від суми договору (рішення 1505-р/пк-ск від 31.08.2015).

Радимо замовникові вирішити, який договір він вимагає: уже виконаний чи той, який виконують. Отже, якщо замовникові достатньо на підтвердження даної вимоги договору, який виконують, то варто в такому випадку зазначити у вимогах тендерної документації, що можна надавати копію аналогічного договору, який виконують.

Ще одним з варіантів документального підтвердження наявності досвіду виконання аналогічного договору може бути лист-відгук (лист-підтвердження) від контрагента, з яким співпрацював замовник на договірній основі за відповідним предметом закупівлі.

Як свідчить практика оскаржень в АМКУ, вимоги замовників за даним кваліфікаційним критерієм є чи не найбільш оскаржуваними. Тому варто буде зупинитися на найрозповсюдженіших помилках замовників при встановленні вимог до документального підтвердження досвіду виконання аналогічного договору.

Передусім не радимо безпідставно звужувати періоди виконання аналогічного договору чи коло замовників (як, наприклад, надання листа-відгуку від бюджетної організації), обмежувати певною кількістю договорів, копії яких має надати учасник (наприклад, не менше чотирьох), надмірно конкретизувати предмет аналогічного договору чи встановлювати мінімальні цінові межі аналогічного договору (наприклад, надання копії аналогічного договору на суму не менше 1 млн грн).

Так, один з прикладів дискримінації учасників розглядала АМКУ (рішення 589-р/пк-ск від 30.05.2014). Замовник у даному випадку встановив вимогу щодо надання копій аналогічних договорів (з розпорядниками державних коштів) та надання листів-відгуків

не менше чотирьох за період 2014–2013 рр. АМКУ у своєму рішенні з даного питання дійшла висновку, що дії замовника щодо встановлення в документації вимоги стосовно надання копій виконаних аналогічних договорів з розпорядниками державних коштів не менше чотирьох та відповідно не менше чотирьох відгуків від замовників, з якими було укладено зазначені договори, порушують один з основних принципів здійснення закупівель, а саме — недискримінацію учасників. А документація замовника містить у даному випадку вимоги, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників.

Щодо періоду, за який вимагати договір, радимо не звужувати коло потенційних учасників і встановлювати вимогу про надання договору за один з таких періодів, наприклад за 2014–2016 роки. Тому що вимога про надання договору за певний рік або роки буде дискримінаційною.

Також акцентуємо вашу увагу, що якщо в договорі міститься посилання на додатки до договору, то вони мають бути надані учасником, адже додатки є невід'ємною частиною договору. У разі їх відсутності замовник зобов'язаний відхилити таку пропозицію учасника. Підтвердженням цього є рішення АМКУ № 332-р/пк-ск від 13.03.2013, згідно з яким встановлено, що пропозиція учасника була правомірно відхилена, адже у складі пропозиції учасника відсутні зазначені в договорі додатки.

Наостанок слід нагадати, що зміст інформації, яку необхідно підтвердити, а також перелік документів, якими учасник повинен підтвердити свою відповідність зазначеному критерію, замовником визначає самостійно, виходячи зі специфіки предмета закупівлі. А тому будьте уважними, наші шановні замовники, при визначенні документального підтвердження на відповідність учасників кваліфікаційними критеріям та обґрунтовано прописуйте вимоги. Учасникам же радимо уважно вивчати вимоги, що містяться в тендерній документації, та надавати підтверджувальні документи в повному обсязі, щоб комар носа не підточив!