

Правило «невід’ємних додатків»: покрокова інструкція для застосування

Продовжуючи серію публікацій про підходи, якими я користуюсь під час роботи в Постійно діючій адміністративній колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі — Колегія), пропоную поговорити про правило «невід’ємних додатків», яке часто стає приводом для емоційних дискусій та численних нарікань на роботу Колегії.

Перед тим, як перейти до детального опису, традиційно зауважу, що описане далі не можна сприймати як офіційне роз’яснення, тлумачення чи обов’язкове правило під час розгляду скарг. Адже **рішення** (про це вже написано не раз) **приймають колегіально. Кожен член Колегії має право на свою власну думку, свій підхід до правозастосування та голосує за внутрішнім переконанням.**

Правило «невід’ємних додатків»

Тепер про саме правило «невід’ємних додатків». Його суть полягає в тому, що якщо учасник у складі тендерної пропозиції завантажив **документ, який має додатки, що є невід’ємними частинами цього документа, але при цьому такі додатки або хоча б один з них не завантажено, то Колегія це сприймає як ненадання самого документа.**

Наприклад, у складі пропозиції завантажено договір, у тексті якого зазначено, що специфікацію товару встановлює додаток № 1 до даного договору, який є його невід’ємною частиною. При цьому сам додаток до договору учасник не завантажив. Тоді є з висока ймовірність того, що замовник може відхилити пропозицію такого учасника, а **Колегія підтримає таке рішення замовника** (погодиться із таким рішенням), **бо учасник надав договір не в повному обсязі, тобто договір не надано, а вимогу тендерної документації не виконано.**

Що може бути складного в застосуванні такого правила? І чому взагалі виникла необхідність писати про «покрокову інструкцію» для нього? Погодилась би з вами, якщо б три роки не бачила цілу низку нюансів та деталей, що призводять до плутанини, непорозумінь та недовіри, які затягують тендерні процедури, створюють негативний імідж замовникові, учасникові або Колегії. І в більшості випадків узагалі призводять до необхідності відхилення найбільш економічно вигідної пропозиції, яка відповідає всім іншим вимогам замовника.

Безпідставний формалізм чи юридичні тонкощі та

нюанси?

Забігаючи наперед, відповім тій частині читачів, яка думає так: «Навіщо взагалі потрібно це безглузде правило та формалізм?» Додатки, як невід’ємні частини того чи іншого документа, можуть містити важливу інформацію, яка доповнює, змінює чи спростовує викладене в основній частині документа. Та не можна наперед передбачити, що в зазначених додатках може міститися, й об’єктивно й повно оцінити сам документ без надання додатків до нього.

Звичайно, можна говорити про те, що не повинно бути правила, а Колегія/замовник у кожному окремому випадкові повинні вимагати ці додатки, оцінити їх та дійти висновку, чи насправді вони містять якусь важливу інформацію, чи все ж їх зміст не впливає на основну частину документа й виконання/невиконання учасником вимог тендерної документації.

Однак ми з вами пам’ятаємо, що будь-який суб’єктивний підхід створює можливість для зловживань та дискримінації. «Важливо»/«неважливо» — оціночні поняття. Те, що може бути важливим для замовника, не завжди важливе для члена Колегії. А що важливе для одного члена Колегії, може бути неважливим для іншого. І саме для того, щоб рішення не залежало від прізвища особи, що «сидить у тому чи іншому кріслі», ми намагаємось дотримуватися саме таких простих, формальних, але однакових для всіх правил, які дають можливість відійти від суб’єктивного підходу та накопичити передбачувану й послідовну для бізнесу й замовників практику правозастосування.

Документ без додатків у складі пропозиції учасника: ситуації та їх аналіз

Переходимо до орієнтовної покрокової інструкції для замовників. Уявімо ситуацію, що ви знайшли у складі пропозиції учасника документ без додатків.

Перший крок.

Перевірте, на виконання якої саме вимоги тендерної документації зазначений документ надано. Тобто передусім необхідно з’ясувати, чи взагалі в тендерній документації сказано про необхідність надання цього документа. Якщо про надання такого документа в тендерній документації нічого не сказано, а учасник на свій власний розсуд подав його у складі пропозиції, то автоматично відпадає необхідність у його аналізі, адже навіть відсутність «невід’ємних додатків» не спричинить відхилення тендерної пропозиції учасника, оскільки не буде вимоги тендерної документації, яку він порушив наданням такого документа.

Якщо ж надання такого документа необхідне, то його ненадання буде невиконанням одного з пунктів документації. Продовжуємо аналіз та робимо другий крок.

Другий крок.

Згадаймо: підставою для відхилення тендерної пропозиції є невідповідність пропозиції вимогам тендерної документації. Тобто замало тільки прописати вимогу про надання того чи іншого документа в документації. Потрібно, щоб цей документ не просто було надано, а щоб він входив саме до складу тендерної пропозиції учасника, вимога про що відображена у відповідному розділі тендерної документації. Відповідно відкриваємо розділ документації, де викладено зміст тендерної пропозиції та сказано, що входить до цього змісту (зазвичай, цей розділ має назву «Інструкція з підготовки тендерної пропозиції»). **Якщо зазначений перелік закінчується словами «та інші документи, які вимагає ця тендерна документація» або чимось на кшталт цього, то сміливо можна вважати цей крок виконаним (документ вимагали у складі пропозиції) та переходити до наступного, третього, кроку.**

Якщо ж перелік вичерпний та не закінчується словами «та інші» тощо, то порівнюємо, чи входять до нього ті документи, про необхідність наявності яких сказано в пункті документації, на виконання якого їх надано.

Якщо доходимо висновку, що про «документ без додатків» хоч і є вимога в документації, але він не входить до складу тендерної пропозиції учасника, то немає потреби йти далі, бо відхилити учасника можна тільки за невідповідність пропозиції вимогам документації. **Якщо документ не входить до складу пропозиції, то не важливо, чи відповідає він вимогам документації.**

Якщо ж ми дійшли висновку, що такий документ входить до складу пропозиції, оскільки в тендерній документації є вимога про його надання, то ми робимо третій крок.

Третій крок.

На цьому етапі нам потрібно зробити ще один тест і отримати відповідь на таке питання: «Чи підлягала б відхиленню тендерна пропозиція, якщо б документ узагалі не було надано?»

Ми вже з'ясували, що документ тендерна документація вимагає та що він входить до складу тендерної пропозиції. Однак тут є ще один нюанс. Буває так, що замовники пишуть, приміром, «надати аналогічний договір». Якщо учасник надав, наприклад, два договори, один з яких містить додатки, а другий — ні, то він (учасник) виконав вимогу документації. Один договір учасник надав відповідно до вимог тендерної документації, відсутність же додатків до другого договору в нашій ситуації не можна трактувати як невідповідність вимогам тендерної документації, оскільки замовник вимагав аналогічний договір у кількості — 1 штука, що учасник і виконав. «Перевиконання» вимог тендерної документації при наданні додаткових документів, як я вже вказувала вище, не може слугувати підставою для відхилення.

Однак може бути так, що замовник разом з договором вимагав, наприклад, відгук на

підтвердження його виконання. І тоді договір з додатками потрібно надавати з відгуком про виконання такого договору. Якщо уявити, що відгук є, однак тільки на той договір, який надано без додатків, то відповідно ми матимемо ситуацію, що загалом документи, які укомплектував учасник у такий спосіб, свідчать про невиконання учасником умов тендеру. Або ще один приклад: замовник написав «надати кожен аналогічний договір/договори, зазначений/ні у довідці про виконання аналогічних договорів». Тоді ми розуміємо, що не важливо, скільки договорів вимагав замовник, адже учасник повинен був надати саме ту кількість договорів, яку зазначив сам учасник у довідці. Якщо «договір без додатків» також зазначено в довідці, то його в будь-якому випадкові слід надати у складі пропозиції. Його ненадання може бути підставою для відхилення пропозиції учасника. Отже, переходимо до наступного кроку. Якщо ж за результатом перевірки ми дійшли висновку, що якщо цей документ взагалі не було надано, то це не було б підставою для відхилення пропозиції учасника. Тож немає сенсу продовжувати далі його аналіз.

Четвертий крок.

Зважаючи на те, що на попередніх трьох етапах ми дійшли висновку, що вимога про надання такого документа наявна в тендерній документації і що він входить до складу пропозиції (та його ненадання може бути підставою для відхилення тендерної пропозиції учасника), ми можемо переходити до аналізу самого документа. І ось перше просте питання, на яке нам потрібно отримати відповідь під час аналізу документа: «Чи є додатки невід'ємними частинами документа?»

Тут усе дуже просто, оскільки за час роботи Колегії ми використовували виключно один простий метод для з'ясування цього: **чи зазначено про це в самому документі? Якщо в документі є посилання, що додатки (навіть якщо вони не мають назви «додаток», а, наприклад, є такі згадки про них у договорі, як «специфікація», «календарний план» тощо) до нього є його невід'ємною частиною, то сміливо переходимо до наступного пункту.** Якщо ж такого посилання немає, а **просто зазначено «додаток», то додатки не є невід'ємними частинами документа, їх не треба надавати.** Відповідно надання документа без додатків не може бути підставою для відхилення пропозиції учасника.

П'ятий крок.

Документ вимагали, він входив до складу пропозиції, його ненадання могло слугувати підставою для відхилення пропозиції учасника, а ненадані додатки до документа є його невід'ємною частиною. Що ще необхідно перевірити? Однак це ще не все. Наостанок потрібно переконатись у тому, що ці додатки є/повинні бути взагалі чи існують/повинні існувати.

Поясню детальніше на прикладі. У договорі зазначено, що «всі зміни та доповнення до цього договору оформлюють окремими додатками та є його невід'ємними частинами». Буває, що конкурент скаржиться на переможця Колегії, посилаючись на те, що такі

додатки той не надав. Однак у такому випадкові Колегія просить скаржника довести, що зміни та доповнення до цього договору взагалі були. Адже якщо зміни та доповнення до договору не вносили, то не може йтися про те, що ці додатки взагалі існують.

Як виходять скаржники із цієї ситуації? Я не пам'ятаю прикладів, коли скаржникам вдавалось це довести. Були випадки, коли договір укладали за результатом іншої процедури закупівлі, та в системі ProZorro є посилання, що зміни в договір вносили, іноді навіть ці додатки завантажено в систему. Однак Колегія приймає рішення на підставі тих документів, які містяться саме в цій процедурі закупівель. Ті, що часто стикаються з тендерами, знають, як у різних процедурах можуть бути однакові та одночасно різні документи. І дійти висновку, який із них є правдивим, на засіданні Колегії майже неможливо. Тому в даному випадкові **скаржнику потрібно отримати письмове підтвердження від іншої сторони договору, що дійсно зміни/доповнення вносили та що додаток складала й підписували сторони. Або надати оригінал чи належним чином завірену копію такого додатка.**

Згодна з тим, що для скаржників це — складне завдання. І не пригадую випадків, коли ті могли його виконати. Однак є позитивний один (на моїй пам'яті) приклад активності замовника. Той звернувся до другої сторони договору, отримав інформацію, що зміни вносили, додаток склали та підписали. І навіть разом з листом, в якому містилась зазначена інформація, замовник отримав від другої сторони договору належним чином завірену копію такого додатка. Після його отримання замовник прийняв рішення про відхилення пропозиції такого учасника. А той оскаржив це рішення до Колегії, та ми підтвердили правомірність відхилення, відмовивши в задоволенні скарги.

Якщо після аналізу документа ви дійшли висновку, що додаток/додатки в будь-якому випадкові є/повинні бути, бо, наприклад, ідеться про специфікацію (невід'ємний додаток до виконаного договору, без її складання та підписання договір виконати відповідно до самого договору було неможливо), то після цих п'яти кроків/тестів можна сміливо говорити, що в цій частині пропозиція учасника не відповідає вимогам документації та повинна бути відхилена.

Можливо, про деякі деталі, які ситуативно можуть зустрічатись на практиці, я не згадала. Якщо про них забула, то вони трапляються доволі рідко, щоб лишитися в пам'яті та власних нотатках. Тому викладені вище кроки є основними та важливими для того, щоб дійти законного й правильного висновку щодо відповідності/невідповідності тендерної пропозиції умовам тендерної документації, а також захистити його в подальшому на засіданнях Колегії.

Учасникам же, які готують свої тендерні пропозиції для участі в закупівлях, раджу використовувати такий же тест після підготовки своєї тендерної пропозиції (але до моменту завантаження її в систему) задля того, щоб перевірити себе, не допустити прикрої помилки, яка зведе нанівець усі зусилля при участі в тендері.

Щоб «танці на граблях» у сфері закупівель ставали все рідкіснішим явищем, зазначена



рубрика буде й у наступних номерах, у яких ми з вами розберемо ще кілька важливих, на мою думку, правил. Вдалих вам закупівель!:)