

# Правило «двох виробників»: міфи та реальність

Часто ті, хто так чи інакше дотичний до роботи Постійно діючої адміністративної колегії з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі — Колегія), дивуються: «Як ви так швидко розбираєтесь у таких складних та різноманітних закупівлях?» Насправді все складно та різноманітно тільки на перший погляд. Є цілий ряд інструментів, щоб перетворити навіть найзаплутаніші та найнезрозуміліші питання в прозорі, очевидні та однакові.

У серії публікацій спробую за допомогою принципу «Бритва Оккамі»\* доступно та просто розповісти про підходи, якими користуюсь задля того, аби відрізати все непотрібне та залишити найпростіше, найзрозуміліше, найправильніше рішення в результаті.

Одразу зауважу, що хоча багато із цих підходів Колегія використовує, однак не можна їх сприймати як офіційне роз'яснення, тлумачення чи обов'язкове правило під час розгляду скарг, адже ви пам'ятаєте, що **рішення приймають колегіально**. Це означає, що кожен із членів Колегії має право на свою власну думку, свій підхід до правозастосування та голосує за внутрішнім переконанням. Однак обізнаність із нижче наведеними простими правилами значно спростить вам розуміння логіки дій Колегії, допоможе захистити свої права під час оскарження та дасть можливість уникнути прикрих помилок.

Сьогоднішній матеріал присвячено вже відомому правилу «**двох виробників**».

Мабуть, складно буде знайти учасника чи замовника процедур закупівель, які хоча б раз під час здійснення своєї діяльності не чули про це. Однак, на жаль, вимушена констатувати (як за результатом засідань Колегії, так і за результатом присвячених закупівлям заходів, які відвідую), що мало хто правильно, повно і точно розуміє, що означає це правило. Зважаючи на його поширеність та обізнаність із ним значної кількості закупівельної спільноти, розповім про правило через міфи, які регулярно про нього чую, та реальність.

---

## Міф перший

Якщо щонайменше два учасники/виробники відповідають кваліфікаційному критерієві та/або способів його документального підтвердження, який/які оскаржують, то він не є дискримінаційним.

---

## Реальність

Правило двох виробників не застосовують ні до кваліфікаційних критеріїв, ні до способів документального підтвердження відповідності останнім, що встановлені тендерною

документацією.

Кваліфікаційні критерії та способи документального підтвердження відповідності кваліфікаційним критеріям розглядають за іншою логікою. Я шукаю відповіді під час розгляду скарги на такі питання:

Чи відповідає скаржник зазначеному кваліфікаційному критерієві? Чи має змогу надати документи на підтвердження відповідності, що вимагає тендерна документація?

Яку мету ставив перед собою замовник, встановивши такий кваліфікаційний критерій чи визначивши саме такий спосіб документального підтвердження?

Чи є причинно-наслідковий зв'язок між поставленою замовником метою та кваліфікаційним критерієм/способом документального підтвердження?

Чи можна досягнути поставленої замовником мети в результаті застосування більш проконкурентного кваліфікаційного критерію/способу документального підтвердження?

Детальніше про це я розповім у наступних публікаціях.

---

## Міф другий

Правило двох виробників застосовують лише до технічних, якісних та кількісних характеристик предмета закупівлі.

---

## Реальність

Це правда. Саме і тільки для них застосовують це правило.

Технічні, якісні та кількісні характеристики до предмета закупівлі не є дискримінаційними, **якщо в сукупності всім таким характеристикам, установленим замовником у тендерній документації, відповідає продукція щонайменше двох виробників, представлених в Україні.**

---

## Міф третій

Якщо технічним, якісним чи кількісним характеристикам, які оскаржує учасник, відповідає продукція щонайменше двох виробників, представлених в Україні, то такі вимоги тендерної документації не є дискримінаційними. Тому Колегія відмовить у задоволенні скарги в цій частині.

---

## Реальність

Це одна з найпоширеніших помилок замовників. Якщо ви уважно прочитаєте написане вище під другим міфом, то знайдете суттєву відмінність з попереднім твердженням у двох словах — «у сукупності».

У сукупності означає, що якщо скаржник посилається на те, що вимоги тендерної документації «виписано» під одного виробника, але при цьому зазначає як дискримінаційні окремі з них, ми все одно будемо дивитись на відповідність продукції щонайменше двох виробників усім технічним, якісним та кількісним характеристикам у сукупності.

Часто замовники, не розуміючи (чи роблячи вигляд, що не розуміють) нашої логіки, палко намагаються сперечатись та доводити на засіданні Колегії, що оскаржуваним учасником окремим характеристикам відповідає продукція двох виробників, а тому ми повинні відмовити в задоволенні скарги.

Задля того, аби ви зрозуміли логіку нашого підходу, поясню, чому ми так робимо. Уявіть: оскаржуваним учасником характеристикам продукція двох виробників відповідає, а всім у сукупності — тільки одного. Що це дасть у результаті? Адже на закупівлю придуть кілька учасників-продавців тієї самої продукції. Тож у результаті мета цього правила — конкуренція між учасниками, що представляють продукцію щонайменше двох виробників, нівелюється. І який тоді взагалі сенс у його застосуванні?!

Тому запам'ятайте, що саме ВСІМ У СУКУПНОСТІ технічним, якісним та кількісним характеристикам, установленим замовником, повинна відповідати продукція щонайменше двох виробників.

---

### Міф четвертий

Якщо всім у сукупності технічним, якісним та кількісним характеристикам до предмета закупівлі, що встановлені замовником у тендерній документації, відповідає продукція щонайменше двох виробників, які представлені в Україні, то колегія стовідсотково відмовить у задоволенні скарги в цій частині.

---

## Реальність

Із будь-якого правила є винятки. У даному випадкові винятки бувають рідко, однак усе ж трапляються. Приклад, який я зазвичай наводжу, — це «таблетки в червоній упаковці». Цілком імовірно, що таблетки в «червоній упаковці» можуть виготовляти чи виготовити два виробники, однак очевидно, що колір упаковки ніяким чином не впливає на властивості самого товару.

Тож можна дійти висновку, що переважно правило про «двох виробників» застосовують завжди. Та коли характеристика ніяким чином не впливає на властивості товару й замовник за жодних умов не може й не зможе довести зворотнє (та хоч якось пояснити мету її застосування), Колегія може відійти від цього правила та прийняти рішення про задоволення скарги.

---

## **Міф п'ятий**

Якщо продукцію одного виробника в Україні представляє щонайменше два дилери/дистриб'ютори/офіційних представники, то правила двох виробників дотримано.

---

## **Реальність**

Насправді це не так. Ідеться про потенційну можливість прийти на закупівлю та конкурувати учасникам з продукцією щонайменше саме двох виробників, а не щонайменше двох учасників з однаковою продукцією.

Такий підхід викликає активні дискусії на засіданнях із замовниками, які намагаються доводити, що два дилери — це також конкуренція. Не заперечуючи та не спростовуючи зазначене твердження, скажу, що може бути конкуренція, а може і не бути. Зміна підходу з «виробників» на «дилерів» створює ризик того, що тендери будуть «прописувати» під одного виробника, а участь у них братимуть «делеговані» таким виробником учасники. Зважаючи на те, що основна мета ведення бізнесу — отримання прибутку, є значний ризик впливу такого виробника на ціну, яку пропонуватимуть обидва учасники на його товар. У результаті принцип максимальної економії не може бути досягнуто.

Тож якщо відкриті торги, то два виробники. Для випадків, коли на ринку конкуренція відсутня та придбати можна продукцію тільки в одного виробника, законодавець передбачив можливість проведення переговорної процедури. Але зверніть увагу, що переговорну процедуру проводять у передбачених у статті 35 Закону України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон, Закон про публічні закупівлі) випадках, про які розповім вам у наступних публікаціях.

---

## **Міф шостий**

Два виробники, представлені в Україні, — це два українських виробники.

---

## **Реальність**

Це також хибне твердження. Закон про публічні закупівлі передбачає, що українські та іноземні виробники беруть участь у закупівлях на рівних умовах, тож і будь-які підходи, що ми застосовуємо, будуть для них однаковими — рівними.

**«Представлені в Україні» означає, що їхню продукцію або вже введено в Україні в обіг, або легко і просто можна ввести**, не долаючи додаткових адміністративних, нормативних та інших, установлених державою або замовником, бар'єрів, крім, звичайно, процедур, пов'язаних з перетином митного кордону.

Для продукції, яка не повинна проходити сертифікацію, декларування, процедури відповідності технічному регламентові, не потребує внесення до державних реєстрів перед введенням у господарський обіг на території України тощо, будь-які два виробники (у т. ч. іноземні), що виготовляють товар, який відповідає всім у сукупності характеристикам — це виконання такого правила «Представлені в Україні». Та якщо закупають, наприклад, лікарські засоби, то ми беремо до уваги лише продукцію, внесену до Державного реєстру лікарських засобів в Україні.

---

## Міф сьомий

*Для доведення відповідності продукції щонайменше двох виробників визначеним тендерною документацією характеристикам достатньо просто їх назвати в поясненнях чи на засіданні Колегії. Або для доведення того, що документацію виписано під одного виробника, потрібно просто про це написати в скарзі.*

---

## Реальність

На практиці цю помилку роблять як скаржник, так і замовник. Колегія оперує фактами й документами, які надають сторони під час розгляду скарги. Мабуть, ви не раз читали в рішеннях Колегії слова «скаржник не довів» чи «замовник не довів». Це означає, що не ми шукаємо докази на підтвердження наявності чи відсутності цих двох виробників, а скаржник із замовником. І, можливо, якщо б для розгляду скарги нам було відведено не 15 робочих днів, а місяці, то ми б мали змогу направляти численні запити, аналізувати інформацію на сайтах виробників, вимагати, порівнювати, вивчати ринок... Однак за 15 робочих днів — це утопічне завдання.

Якщо ви хочете, щоб у рішенні Колегії не було написано, що ви «не довели» наявності чи відсутності двох виробників з продукцією, що має необхідні характеристики, то вам необхідно надати Колегії відповідні документи на підтвердження.

Три роки тому, коли я вперше зайшла в зал Колегії, якраз слухали подібну скаргу. Тоді представники департаменту (саме вони були носіями тієї інституційної пам'яті та практики, яка була так необхідна нам як у перші місяці роботи, так і сьогодні) пояснили, як можна просто довести чи спростувати такий факт. І саме з того часу я вже сама пояснюю представникам скаржника чи учасника про необхідність надання на наступне засідання Колегії таблиці, що складається з колонок із представлених в Україні виробників, та рядків характеристик тендерної документації. Саме така таблиця дає змогу Колегії швидко побачити, що відповідає, а що ні, порівняти дані скаржника та замовника

та прийняти законне й обґрунтоване рішення за результатом.

Однак однієї лише таблички може бути замало. До неї варто додати джерело інформації, з якого взято дані для її заповнення. Якщо ж джерело має значний обсяг або назва характеристик може відрізнятись, то варто в самій таблиці дати посилання на сторінки доданого документа, що значно спростить нам процес опрацювання наданої інформації.

Ненадання на перше засідання таблиці чи документів, на підставі яких її заповнювали, часто призводить до необхідності перенесення розгляду скарги з метою надання часу сторонам підготувати таку таблицю. У результаті ми втрачаємо час, ви змушені знов приїжджати на засідання та чекати своєї черги, процедуру ще на кілька днів зупинено. І формування таблиці та збирання документів сторони здійснюють в авральному режимі (зазвичай 2-3 робочих дні), що іноді стає суттєвою перешкодою для можливості довести свою позицію. Для певного прикладу наведемо таблицю для скаржника щодо доведення на засіданні Колегії, що всім у сукупності характеристикам, зазначеним у тендерній документації не відповідає продукція щонайменше двох виробників, представлених в Україні.

**ПРИКЛАД ТАБЛИЦІ ДЛЯ ДОВЕДЕННЯ НА ЗАСІДАННІ КОЛЕГІЇ, що всім у сукупності вимогам документації не відповідає продукція щонайменше двох виробників, представлених в Україні:**

Технічні/якісні характеристики ТД	Пропозиції виробника "А"	Пропозиції виробника "Б"	Пропозиції виробника "В"

**Додаток до таблиці:** документи – відповіді виробників/офіційних представників, каталоги, сертифікати, специфікації, роздруківки з сайтів тощо

## Міф восьмий

Правило двох виробників застосовують також до способу документального підтвердження відповідності запропонованої продукції технічним, якісним та кількісним характеристикам.

## Реальність

Ні, це не так. До способу документального підтвердження таке правило не застосовують. Я роблю висновок стосовно дискримінаційності тієї чи іншої вимоги документації, якою замовник визначив такий спосіб, через призму тих же питань, що ставлю собі під час розгляду скарг на дискримінаційні кваліфікаційні критерії.

---

### Міф дев'ятий

Колегія вигадала собі таке правило, щоб позбутися зайвої роботи та відповідальності, застосувавши формальний підхід.

---

## Реальність

Насправді це саме те, про що я писала на початку. Протягом дня ми можемо розглядати скарги на закупівлі фармацевтичної продукції, товарів залізничного призначення, харчів, обладнання для атомних станцій, робіт з будівництва доріг тощо. І в кожному окремому випадкові не маємо достатньо знань у певній галузі, щоб вирішити, чи може замовник купити продукцію з іншими технічними характеристиками, чи підійде вона йому, чи не буде негативних наслідків у випадку заміни таких характеристик.

Згідно із Законом, саме замовника наділено повноваженнями вирішувати, яку саме продукцію він купуватиме. Замовник для здійснення своєї діяльності визначає потребу. Замовник у подальшому відповідатиме за те, щоб закуплений товар, роботи або послуги були належними та виконали свою функцію. Замовник витрачає на це свої гроші.

Тож якщо наступного разу матимете спокусу подумати про «формальний підхід» Колегії в цій частині, то дайте відповідь собі на два питання:

Чи змогли б ви зобов'язати, наприклад, ДП НАЕК «Енергоатом» купити та встановити на атомну станцію обладнання з іншими характеристиками (попри його застереження, що воно йому не підійде)?

Чи хотіли б ви, щоб Колегія у випадках, коли вона розуміється в галузі та знає товар, не застосовувала правила двох виробників, а дивилась ширше та глибше, а в інших випадках, коли не розуміє, формально?

---

### Міф десятий (останній)

Правило двох виробників діятиме завжди.

---



## Реальність

По-перше, завжди нічого не буває. Усе змінюється, незважаючи на те, що це правило діє, за мою інформацією, вже років вісім.

А по-друге, я мрію про той час, коли розглядати ми будемо одну-дві скарги на день. І не тому, що плата за подання скарги буде зависокою або віра в орган оскарження як ефективний інструмент захисту прав — занизькою. А тому, що приводів скаржитись майже не буде, бо замовники не порушуватимуть права учасників, а торги проводитимуть із дотриманням усіх передбачених Законом принципів.

Про той час, коли в статті доходів та видатків нарешті з'являться слова «кошти на проведення експертизи». Про той час, коли скаргу на дискримінаційні характеристики до предмета закупівлі ми зможемо розглядати протягом довшого терміну, ніж 15 робочих днів, і в замовника в цей період не буде ніяких негативних наслідків, бо все закуповують завчасно та є достатні залишки.

І коли це нарешті здійсниться, то я впевнена, що ми зможемо переглянути своє правило «двох виробників» на користь розвитку конкуренції, а разом з нею — ринків та економіки.

Вдалих вам закупівель!

---

*\* Принцип логіки, який приписують середньовічному філософові Вільгельму із Оккама (або Окхама). Згідно із цим принципом, не потрібно робити більше припущень, ніж мінімально потрібно. Одне з формулювань самого Оккама: «Різноманіття не слід припускати без необхідності».*