

Судова практика Верховного Суду щодо вимог тендерної документації

На порталі Радник розділ «[Інші документи та роз'яснення](#)» правової бази доповнено «[Дайджестом судової практики Верховного Суду щодо вирішення спорів у сфері публічних закупівель](#)».

Пропонуємо сьогодні проаналізувати рішення Верховного Суду щодо вимог тендерної документації. Розглянемо вимогу підтвердження досвіду виконання аналогічного договору. Чи має дискримінаційний характер вимога замовника надати договори за конкретні роки? Чи є в замовника підстави встановлювати вимоги щодо конкретизації загальних обсягів наданих послуг / виконаних робіт для підтвердження досвіду виконання аналогічного(их) договору(ів)? Чи має право замовник вимагати підтвердження фінансової спроможності шляхом підтвердження обсягу річного доходу (виручки) у розмірі більшому, ніж очікувана вартість предмета закупівлі? Якої думки щодо цих та інших питань Верховний Суд, читайте далі.

Підтвердження досвіду виконання аналогічного(их) договору(ів) має(ють) відповідати змісту послуг, що є предметом закупівлі



Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду [від 09.02.2023 у справі № 640/13818/19](#).

ТОВ «В» оскаржило до суду рішення Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення у сфері публічних закупівель (далі — АМКУ) щодо скасування рішення замовника про визначення ТОВ переможцем процедури закупівлі послуг, пов'язаних із системами та підтримкою. Підставою для прийняття оскаржуваного рішення став висновок відповідача про те, що у складі пропозиції переможця відсутнє документальне підтвердження досвіду виконання аналогічного договору (в розумінні документації), що не відповідає умовам документації в цій частині. На думку позивача, його тендерна пропозиція повністю відповідала вимогам

тендерної документації, у тому числі ним було надано інформацію про досвід виконання аналогічного договору.

За результатами розгляду справи судами попередніх інстанцій позов було задоволено.

Спеціальним законодавством у галузі публічних закупівель регламентовано вимоги до тендерної документації та окреслено імперативні межі кваліфікаційних критеріїв, у рамках яких замовник наділений диспозитивними повноваженнями щодо встановлення певних вимог до учасників торгів. Критерії підтвердження досвіду виконання обсягів основних видів робіт по аналогічних договорах, а також відсутність претензій виконання умов таких договорів є об'єктивно необхідними для забезпечення якісного виконання договорів та не є дискримінаційними, оскільки надають можливість будь-яким учасникам, які виконували аналогічні роботи, взяти участь у закупівлі, підтвердивши його наявність відповідними договорами та іншими документами.

Вимога щодо підтвердження наявності в учасників досвіду виконання аналогічного договору за два роки зі встановленими обсягами виконання основних робіт не має дискримінаційного характеру



Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду [від 13.05.2020 у справі № 826/7832/18](#).

Замовник оскаржив до суду рішення АМКУ про зобов'язання внести зміни до тендерної документації за процедурою закупівлі послуг з комплексного спеціального обстеження шляхопроводу.

Позивач зазначив, що, враховуючи розміщення мостових споруд на магістральних вулицях столиці України та їх стратегічне значення, важливість результатів обстеження та ризику відповідальності за утримання цих об'єктів, вимоги щодо документального підтвердження наявності в учасників досвіду виконання аналогічного договору за 2016 та 2017 роки, а також листів-відгуків замовників щодо виконання цих договорів, що встановлені тендерною документацією, є обґрунтованими та цілком доречними та не мають дискримінаційного характеру.

За результатами розгляду справи судами попередніх інстанцій позов було задоволено. Касаційна скарга обґрунтована тим, що замовник (позивач) не довів необхідності встановлення вимоги щодо документального підтвердження наявності в учасників досвіду виконання аналогічного договору за 2016 та 2017 роки, а також листів-відгуків замовників щодо виконання цих договорів. Чинним законодавством не передбачено чітких вимог до документів, якими учасник підтверджує виконання аналогічного договору, так само як і відсутні вимоги щодо кількості таких договорів. Чинне законодавство не містить визначення поняття «аналогічний договір», а тому в кожному конкретному випадку замовник самостійно визначає перелік документів, якими учасник повинен підтвердити свою відповідність зазначеному кваліфікаційному критерію, виходячи зі специфіки предмета закупівлі, з урахуванням частини третьої статті 5 Закону України «Про публічні закупівлі» та дотриманням принципів, закріплених у статті 3 цього Закону.

Очікуваний результат цієї процедури закупівлі та від необхідності належного комплексного спеціального обстеження шляхопроводу та технічного огляду — це безпека ситуації для життя та здоров'я людей, які можуть постраждати від пошкоджень шляхопроводу, оскільки від здійснення якісних робіт залежить важливість результатів обстеження та ризику відповідальності за утримання відповідних об'єктів. Тому умови щодо надання аналогічних договорів за два роки зі встановленими обсягами виконання основних робіт, вартості таких робіт, а також позитивні відгуки інших замовників дають можливість допустити до участі в аукціоні учасників, які вже мали досвід надання таких послуг у визначених обсягах з їх належною якістю. Такі вимоги надають замовнику захист від недобросовісних учасників або підрядників, які надають послуги, виконують роботи неналежної якості. Якщо не встановлювати критерій виконання обсягів основних робіт, то фактично до участі в аукціоні повинні допускатися як підприємства, які виконували значні обсяги, так і ті, які надавали такого роду послуги в дрібних обсягах, які не співмірні з обсягами цієї закупівлі.

Безпідставність вимоги щодо конкретизації загальних обсягів наданих послуг / виконаних робіт для підтвердження досвіду виконання аналогічного(их) договору(ів)



Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного

адміністративного суду від [12.08.2021](#) у справі № 640/4699/19.

ТОВ «С» звернулося до суду з позовом, у якому просило визнати протиправним та скасувати рішення АМКУ. Позовні вимоги обґрунтовано тим, що замовник процедури закупівлі безпідставно встановив дискримінаційну вимогу тендерної документації, яка полягає в конкретизації загальних обсягів наданих послуг / виконаних робіт, зокрема улаштування основи щебенево-піщаної суміші, укріпленої цементом, тобто, встановивши такі вимоги, замовник автоматично відхиляє (встановлює дискримінацію) тих учасників, які не мають таких обсягів виконаних робіт, однак повністю відповідають всім іншим вимогам тендерної документації.

Верховний Суд вважає обґрунтованими висновки судів попередніх інстанцій про те, що нормами чинного законодавства не передбачено встановлення обмежень при визначенні замовником кваліфікаційних критеріїв, що передбачені статтею 16 Закону України «Про публічні закупівлі», зокрема шляхом визначення обсягів виконаних робіт за певний період, а лише передбачено можливість встановлення замовником вимоги щодо надання учасниками процедури закупівлі інформації про наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного договору. Таким чином, замовник безпідставно встановив умову щодо конкретизації загальних обсягів наданих послуг / виконаних робіт, а саме улаштування основи щебенево-піщаної суміші, укріпленої цементом, оскільки встановлення такої вимоги автоматично відхиляє тих учасників, які не мають таких обсягів виконання робіт, проте повністю відповідають іншим вимогам тендерної документації, що зумовлює штучне обмеження конкуренції та призводить до дискримінації учасників.

При підтвердженні фінансової спроможності замовник не має права вимагати надання підтвердження обсягу річного доходу (виручки) у розмірі більшому, ніж очікувана вартість предмета закупівлі



Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду від [28.12.2022](#) у справі № 640/7440/21.

Замовник оскаржив до суду рішення АМКУ, прийняте за результатами розгляду скарги ПАТ «С» про зобов'язання замовника внести зміни до тендерної документації за процедурою закупівлі.

ПАТ «С» у скарзі зазначило, що, встановлюючи вимоги про відповідність фінансових показників учасника конкретним значенням, замовник порушив законодавство про публічні закупівлі, оскільки вказані вимоги є дискримінаційними та такими, що створюють нерівні умови для участі в цій процедурі закупівлі, з чим у свою чергу погодився контролюючий орган. За результатами розгляду справи судами попередніх інстанцій позов було задоволено. Одним із кваліфікаційних критеріїв, передбачених у чинному Законі України «Про публічні закупівлі», є «наявність фінансової спроможності, яка підтверджується фінансовою звітністю». Оскільки законодавством передбачено право замовника самостійно визначати у тендерній документації один або декілька кваліфікаційних критеріїв до учасників процедури закупівлі, то критерій щодо фінансової спроможності не може вважатись дискримінаційними умовами. Водночас у будь-якому випадку встановлені замовником критерії не повинні суперечити вимогам Закону України «Про публічні закупівлі» (у разі встановлення кваліфікаційного критерію фінансової спроможності замовник не має права вимагати надання підтвердження обсягу річного доходу (виручки) у розмірі більшому, ніж очікувана вартість предмета закупівлі (пропорційно очікуваній вартості частини предмета закупівлі (лота) в разі поділу предмета закупівель на частини) — частина третя статті 16).

Щодо об'єктів державної та інших форм власності, охорона нерухомого майна яких здійснюється виключно органами поліції охорони



Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду [від 20.02.2020 у справі № 826/8858/17](#)

Замовник оскаржив до суду рішення АМКУ, прийняте за результатами розгляду скарги ДП «У», яким зобов'язано замовника внести зміни до тендерної документації за процедурою закупівлі «Охоронні послуги». В обґрунтування скарги ДП «У» зазначало, що в технічних вимогах до предмета закупівлі (послуги п'яти цілодобових постів з метою охорони об'єктів

філії замовника) встановлені дискримінаційні умови, зокрема вимоги щодо належності учасника до поліції охорони Національної поліції України.

Зазначені вимоги, на думку скаржника, обмежують можливість його участі в процедурі закупівлі, оскільки він не є суб'єктом, який належить до підрозділу охорони Національної поліції України. За результатами розгляду справи судами попередніх інстанцій у задоволенні позову відмовлено.

Системний аналіз наведених вище положень законодавства дає підстави для висновку, що в межах цих конкретних правовідносин послуги з охорони окремих об'єктів замовника, щодо яких здійснювалась процедура публічних закупівель, можуть надаватись виключно органами поліції охорони на договірних засадах і це прямо встановлено у відповідному підзаконному акті Кабінету Міністрів України, вимоги якого є обов'язковими до виконання (стаття 117 Конституції України, статті 49, 52 Закону України від 27.02.2014 №794-VII «Про Кабінет Міністрів України»). Постанова КМУ від 11.11.2015 № 937 була чинною як на час оголошення про проведення відкритих торгів, так і станом на момент звернення третьої особи до органу оскарження з відповідною скаргою.

Отже, замовник, складаючи тендерну документацію, не мав права відступати від названих вище приписів законодавства, а тому правомірно встановив вимогу до учасників процедури закупівлі стосовно їх приналежності до поліції охорони Національної поліції України.

Аналогічний правовий висновок викладено у постановах КАС ВС: [від 20.03.2019 у справі № 826/8856/17](#), [від 10.07.2019 у справі № 826/8854/17](#), [від 08.11.2019 у справі № 826/8857/17](#).

Чи можна наявність підтвердних документів учасника, що він є офіційним представником (дилером, дистриб'ютором), віднести до кваліфікаційних вимог



Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду [від 26.08.2021 у справі № 280/2494/19](#).

Замовник пред'явив позов, у якому просив суд визнати протиправним і скасувати висновок Держаудитслужби. В оскаржуваному висновку зазначено, що тендерна

пропозиція ТОВ «Б» не відповідає вимогам тендерної документації, а саме в додатку 1 «Інформація про необхідні технічні, якісні та кількісні характеристики предмета закупівлі» тендерної документації замовником зазначено, що учасникам необхідно надати до технічного завдання, зокрема, підтвердні документи, що учасник є офіційним представником (дилером, дистриб'ютором) компанії — виробника обладнання, проте у складі тендерної пропозиції ТОВ «Б» вказані документи відсутні, що є невідповідністю умовам додатка 1 до тендерної документації.

Позивач вважає, що заявлена вимога не відноситься до технічних, якісних та кількісних характеристик предмета закупівлі, а в розумінні статті 16 Закону України «Про публічні закупівлі» є кваліфікаційним критерієм для учасників незалежно від назви документа, у якому такий критерій викладено. Такий кваліфікаційний критерій, як наявність в учасника статусу офіційного представника (дилера, дистриб'ютора) компанії — виробника обладнання, статтею 16 Закону не передбачений, перелік кваліфікаційних критеріїв, визначений у статті 16 Закону, є вичерпним і не може бути доповнений або розширений. За таких обставин у замовника не було правових підстав для відхилення тендерної пропозиції. Право замовника включити до тендерної документації «іншу інформацію», яку він вважає за необхідне включити до неї, надане частиною третьою статті 22 Закону, обмежується, з огляду на те, що ця норма стосується інформації, вимоги щодо наявності якої передбачені законодавством. Верховний Суд в цьому конкретному випадку вбачає включення замовником вимоги про наявність в учасника статусу офіційного представника (дилера, дистриб'ютора) компанії — виробника обладнання таким, що безпідставно розширює кваліфікаційні критерії, передбачені частиною другою статті 16 Закону, тим самим порушує частину четверту статті 22 Закону, яка передбачає, що тендерна документація не повинна містити вимог, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників. Тобто такий кваліфікаційний критерій, як наявність в учасника статусу офіційного представника (дилера, дистриб'ютора) компанії — виробника обладнання, статтею 16 Закону не передбачений, перелік кваліфікаційних критеріїв, визначений у статті 16 Закону, є вичерпним і не може бути доповнений замовником або розширений.

Чи є вимога надати ліцензію на право роздрібної торгівлі алкогольними напоями дискримінаційною та такою, що обмежує коло потенційних учасників



Постанова Верховного Суду у складі колегії суддів Касаційного адміністративного суду [від 14.05.2020 у справі № 826/18068/17](#).

Замовник звернувся до суду з позовом, у якому просив визнати протиправним та скасувати рішення АМКУ. Згідно з додатком 2 до тендерної документації «Перелік документів на підтвердження відповідності учасника кваліфікаційним критеріям та пропозиції умовам тендерної документації» для фізичних осіб — підприємців передбачено надання, зокрема, ліцензії на право здійснювати торгівлю алкогольними напоями. ФОП ОСОБА_1 звернувся до АМКУ зі скаргою, у якій посилався на наявність у тендерній документації умов, що дискримінують та обмежують його права та законні інтереси як учасника та інших потенційних учасників, а також просить зобов'язати замовника внести зміни до тендерної документації. За результатами розгляду скарги замовника зобов'язано внести зміни до тендерної документації з метою усунення порушень, зазначених у мотивувальній частині цього рішення.

Суди попередніх інстанції позов задовольнили. ФОП ОСОБА_1 у скарзі зазначив, що фізична особа — підприємець навіть за наявності отриманої ліцензії на право роздрібної торгівлі алкоголем отримує право торгівлі лише пивом та столовим вином згідно з Законом України «Про державне регулювання виробництва і обігу спирту етилового, коньячного і плодового, алкогольних напоїв та тютюнових виробів», тоді як в обсяг закупівлі входить реалізація також алкогольних міцних напоїв, що може бути вирішене шляхом залучення субпідрядників. Законодавством надано замовнику тендерної процедури право орієнтуватися на власні потреби, а не на можливості потенційних учасників тендерної процедури, тому він не повинен приводити власні вимоги у відповідність до їх можливостей.

Отже, сама по собі вимога мати ліцензію на право роздрібної торгівлі алкогольними напоями не є дискримінаційною та такою, що значно обмежує коло потенційних учасників тендерної процедури, оскільки потенційне коло власників такої ліцензії досить широке. Умова щодо можливого залучення субпідрядників з відповідною ліцензією може бути включена до тендерної документації, але на розсуд замовника, який не зобов'язаний враховувати законодавчі обмеження, зумовлені обраною учасником податковою системою. Верховний Суд вважає правильними висновки судів попередніх інстанцій про те, що залучення субпідрядника в спірних правовідносинах значно ускладнить його контроль за виконанням умов договору з надання послуг, оскільки або передбачатиме

необхідність розроблення вимог додатково для субпідрядника, або ж можливість його контролю матиме лише виконавець договору закупівлі.

На порталі оновлено додатки 1 до тендерної документації, використовуйте:

[Додаток 1 до ТД \(Перелік документів та/або інформації, які подаються Учасником процедури закупівлі у складі тендерної пропозиції\) \(варіант 2\)](#)

[Додаток 1 до тендерної документації \(кваліфікаційні критерії, вимоги, варіант 1\)](#)

[Додаток 1 до ТД \(Перелік документів та/або інформації, які подаються Учасником процедури закупівлі у складі тендерної пропозиції\) \(природний газ за Особливостями\)](#)

[Додаток 1 до ТД \(Перелік документів та/або інформації, які подаються Учасником процедури закупівлі у складі тендерної пропозиції\) \(електрична енергія\)](#)

[Додаток 1 до ТД \(Перелік документів та/або інформації, які подаються Учасником процедури закупівлі у складі тендерної пропозиції\) \(локалізація послуги / роботи\)](#)

[Додаток 1 до ТД \(Перелік документів та/або інформації, які подаються Учасником процедури закупівлі у складі тендерної пропозиції\) \(локалізація товар\)](#)

[Додаток 1 до тендерної документації \(кваліфікаційні критерії, вимоги\)\(оборонні\)](#)

Щоб підготуватися та проаналізувати судову практику з різних питань публічних закупівель, на порталі «Радник» створена електронна книга [«Практика суду, що стосується публічних закупівель»](#). Такий електронний помічник потрібен кожному замовнику та учаснику, щоби знати та вміло захищати свої права та приймати лише правильні рішення:



Практика суду, що стосується публічних закупівель

👁 4953 3 Жовтня 2023

Враховуючи неоднозначні позиції контролюючих органів, замовникам доволі важко проводити закупівлі та виконувати норми чинного законодавства з публічних закупівель. Хтось готується захищати себе в судовому порядку, а для когось кращим варіантом є виконання рішення / висновку за результатами оскарження / моніторингу процедури закупівлі. Тож, щоб підготуватися та проаналізувати судову практику з різних питань публічних закупівель, створена електронна книга «Практика суду, що стосується публічних закупівель». Такий електронний помічник потрібен кожному замовнику та учаснику, щоби знати та вміло захищати свої права та приймати лише правильні рішення.

Зміст:

Загальне про відповідальність:

- [Адміністративна відповідальність у деталях. Судовий погляд](#)
- [Підсудність розгляду справ про адміністративні правопорушення передбачені ч. 1 ст. 164-14 Кодексу України про адміністративні правопорушення](#)
- [Оскарження рішення Колегії до суду: нюанси та рекомендації](#)
- [Помилки замовників при оскарженні висновків ДАСУ](#)
- [Чи можна притягнути керівника замовника до відповідальності та що при цьому необхідно знати](#)
- [Чи наділена ДАСУ правом притягувати до відповідальності осіб, винних у допущених порушеннях? Рішення суду](#)