

Документи, що не передбачені законодавством для учасників: що це, виходячи з практики Органу оскарження?

Відсутність документів, що 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. Про те, як застосовують дану норму на практиці, про особливості та нюанси цього процесу і йдеться в даній статті.

З позиції права «документи, що не передбачені законодавством для учасників» — це документи, що не притаманні для особи-учасника та стосовно яких у законодавстві не встановлено прямих вимог обов'язкової наявності в особи-учасника. Наприклад, фізична особа не може мати витяг з Єдиного державного реєстру підприємств та організацій України (далі — ЄДРПОУ), а юридична особа не може мати паспорт громадянина України. Відповідні особливості стосуються і різних організаційно-правових форм підприємств. Наприклад, ПАТ може мати документи, які не може мати ТОВ відповідно до законодавства. Крім того, необхідно пам'ятати, що нерезиденти України найчастіше не можуть надати документи, що емітовані державними органами України, іншими установами, які є резидентами України. Також до документів, що не передбачені законодавством для учасників, можна віднести документи, які учасник не повинен обов'язково отримувати для здійснення підприємницької діяльності (ліцензії, дозволи, сертифікати, інше).

Ч. 4 ст. 16 Закону України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон) містить таку норму: «Документи, що не передбачені законодавством для учасників – юридичних, фізичних осіб, у тому числі фізичних осіб – підприємців, не подаються ними у складі тендерної пропозиції та не вимагаються під час проведення переговорів з учасником (у разі застосування переговорної процедури закупівлі). Відсутність документів, що 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».

У зв'язку з неоднозначним тлумаченням терміна «документи, що не передбачені законодавством для учасників» замовниками, відсутністю визначення такого терміна в законодавстві є потреба у зверненні до практики правозастосування, яку формує Орган оскарження (далі — АМКУ). У банальних випадках ненадання документів (надання яких вимагає документація) фізичними особами (статут, наказ про призначення керівника тощо), а також коли їх ненадання призвело до відхилення, АМКУ завжди підтримує позицію скаржника — фізичної особи — та ухвалить рішення про відміну такої дискваліфікації. Але є випадки, коли закон не містить прямої норми щодо необхідності особі мати чи не мати окремі документи, найчастіше це стосується сертифікатів на товар

та сертифікатів ISO, сертифікатів СЕС.

Практика Органу оскарження щодо надання учасниками документів, які не є для них обов'язковими, однак які вони можуть отримати

У випадках оскарження вимог щодо надання «незвичайних» документів у пропозиції АМКУ дотримується сталої практики. Найчастіше логіка АМКУ ґрунтується на тому, чи має можливість учасник отримати відповідний документ (сертифікат, паспорт, акт тощо). Якщо має, то що заважало отримати такий документ? Чи намагався учасник отримати такий документ? Чи може учасник підтвердити необхідну інформацію іншим документом? Відповідну практику рішень АМКУ можна легко простежити стосовно вимоги щодо надання сертифікатів ISO 9001, адже вони не є обов'язковими на території України, але якщо їх наявність вимагає замовник, то найімовірніше АМКУ визнає таку вимогу законною (скарги [UA-2018-08-02-000650-b.b2](#) та [UA-2018-04-24-000512-a.a2](#)).



Витяг з рішення № 9047-р/пк-пз від 03.09.2018,
оголошення № [UA-2018-08-02-000650-b](#)

Скаржник вважає, що умова стосовно надання копії сертифіката ДСТУ ISO 9001:2015 є дискримінаційною.

На засіданні колегії представник скаржника зазначив, що предметом закупівлі є продукція, яку скаржник не вироблятиме, тому йому не потрібен сертифікат. Скаржник зазначає, що для отримання сертифіката потрібно пройти аудит, що складає від 8-12 тижнів, скаржник також зазначає, що отримання сертифіката є процесом, який дорого коштує.

Замовник у своїх поясненнях по суті скарги зазначає, що вимога стосовно наявності копії сертифіката, який засвідчує, що система управління якістю учасника відповідає вимогам ДСТУ ISO 9001 (ISO 9001), не порушує принцип недискримінації учасників, не є антиконкурентною та обумовлена специфічним характером предмета закупівлі.

Представник замовника зазначає, що вказаний сертифікат підтверджує, що учасник постачає ліцензійне програмне забезпечення та має досвід постачання

При повному або частковому копіюванні чи цитуванні будь-якої інформації з порталу "Радник у сфері публічних закупівель" ви зобов'язані вказувати джерело інформації (ст. 176 ККУ). Джерело:

https://radnuk.com.ua/praktyka_zakupivel/praktika-oskarzhennja/dokumenty-shcho-ne-peredbacheni-zakonodavstvom-dlia-uchasnykiv-shcho-tse-vykhodiachy-z-praktyky-orhanu-oskarzhennja/

вказаного програмного забезпечення.

Скаржник не довів та документально не підтвердив неможливість виконати наведену вище умову документації, а також не надав документального підтвердження, яким чином наведена вище умова документації порушує його права й законні інтереси, пов'язані з участю у процедурі закупівлі, та позбавляє можливості подати свою тендерну пропозицію через наявну умову документації, у зв'язку з чим у **колегії відсутні підстави для задоволення скарги в цій частині.**



Витяг з рішення № 4925-р/пк-пз від 23.05.2018,
оголошення № [UA-2018-04-24-000512-a](#)

Скаржник не погоджується з умовою документації щодо надання оригіналу сертифіката системи управління якістю ДСТУ ISO 9001:2009 (ISO 9001:2008) та/або ДСТУ 9001:2015 (ISO 9001:2015), виданий органом із сертифікації, призначеним для виконання робіт із сертифікації систем управління в державній системі сертифікації на ім'я учасника та дійсний на момент подання пропозиції.

Скаржник обґрунтовує свою позицію тим, що сертифікат системи управління якістю ДСТУ ISO 9001:2009 (ISO 9001:2008, IDT) та/або ДСТУ ISO 9001:2015 (ISO 9001:2015 IDT) — це документ, який не свідчить про якість та безпеку конкретного продукту (у даному випадкові товарів, які є предметом закупівлі); стандарт ISO 9001 є однією з моделей управління діяльністю організації з метою забезпечення її результативності.

Замовник вважає, що наявність сертифіката системи управління якістю ДСТУ ISO 9001:2009 (ISO 9001:2008. IDT) та/або ДСТУ ISO 9001:2015 (ISO 9001:2015 IDT) свідчить не тільки про найбільш точний та сучасний контроль якості та безпеки конкретного продукту, що є предметом закупівлі, а й про те, що його наявність забезпечує в разі постачання неякісної продукції найбільш сучасними та ефективними інструментами задоволення рекламації стосовно неякісної продукції та/або послуг постачальника. Сертифікат системи управління якістю ISO 9001 є зовнішнім незалежним підтвердженням досягнення підприємством вимог стандарту й жодним чином не порушує законного права брати участь у процедурі закупівлі.

На засіданні колегії представник скаржника зазначив, що він не є виробником продукції, яка є предметом закупівлі, працює самостійно без найманих працівників, без офісного приміщення, без обладнання, звертався до відповідного органу по отримання названого вище сертифіката, але, за інформацією скаржника, у разі відсутності працівників, обладнання тощо він не може отримати такий сертифікат. Водночас **документального підтвердження звернення для отримання сертифіката системи управління якістю ДСТУ ISO 9001:2009 або ДСТУ ISO 9001:2015 (ISO 9001:2015 IDT) та неможливості отримання такого сертифіката скаржник не надав.**

Зважаючи на вищенаведене, скаржник не довів та документально не підтвердив неможливість виконати зазначену умову документації, а також не довів та документально не підтвердив, **яким чином вказана умова документації порушує його права й законні інтереси, пов'язані з участю у процедурі закупівлі**, та перешкоджає скаржникові взяти участь у процедурі закупівлі.

З огляду на вищевикладене **відсутні підстави для задоволення скарги** в цій частині.

Відповідна логіка АМКУ стосується і сертифікатів відповідності (УкрСЕПРО). В Україні наразі відсутня обов'язкова сертифікація товарів, а тому учасники думають, що коли замовник вимагає сертифікати відповідності в пропозиції, то можна не надавати їх, адже вони є документами, що не передбачені законодавством для учасників. Але бізнесмени забувають про те, що досі існує добровільна сертифікація, необхідно оскаржувати вимоги щодо надання сертифікатів відповідності на товар або надавати їх у складі пропозиції.

Практика Органу оскарження щодо надання учасниками документів, які не передбачені для них законодавством та які вони не можуть отримати

Незважаючи на вищевикладене, відповідальний бізнес завжди оскаржує умови документації, які можуть стати підставами для відхилення його пропозиції. Приклад — скарга [№ UA-2018-10-22-002512-b.b14](#). У цій справі було успішно оскаржено вимоги щодо:

надання **листа-згоди на обробку персональних даних**, адже учасник є юридичною особою, а персональні дані можуть бути тільки у фізичних осіб;

надання **коду ЄДРПОУ субпідрядників**, адже учасник мав намір залучити як субпідрядників фізичних осіб, які не мають коду ЄДРПОУ;

надання експертного висновку щодо оцінки штатної системи технічного захисту інформаційних ресурсів комутаційної платформи не нижче рівня Г2 (учасник повинен підтвердити наявність відповідним документом), адже не зрозуміло, що це за документ та хто його має видати відповідно до чинного законодавства.

Додатково звертаю увагу, що за цією скаргою АМКУ відмовив у вимозі щодо виключення вимоги про надання сертифіката відповідності.

Інформація, яку неможливо надати: що робити учасникові?

Якщо замовник включить вимогу про надання документів/інформації, які неможливо надати, оскільки вони/вона не передбачені/передбачена жодним нормативним актом, то учасник може обрати декілька способів вирішення відповідного питання.

Перший спосіб — це самостійно виготовити відповідний документ від себе, як приклад — рішення за скаргою [UA-2018-03-16-000837-a.a1](#). У зазначеній справі (п. 2.2 рішення) **учасник оскаржував допуск** конкурента до участі у процедурі, посилаючись на те, що **учасник не міг самостійно виготовити «авторський сертифікат»** на програмне забезпечення, але річ у тім, що **чинне законодавство не містить такого поняття**, як «авторський сертифікат». **Скарга залишилася без задоволення**, бо допущений учасник виконав вимогу документації щодо надання «авторського сертифіката», хоча такий документ і не передбачений чинними нормативно-правовими актами.

Інший спосіб вирішення — **оскарження відповідної вимоги** до АМКУ, практика в таких випадках відрізняється від рішення до рішення. Зазвичай **АМКУ зобов'язує внести зміни**, але були випадки, коли колегія відхилила скаргу, мотивуючи своє рішення тим, що учасник може подати лист з поясненнями щодо неможливості подання запитуваного документа. На жаль, така мотивація була лише усно озвучена під час засідання.

Також слід зауважити, що учасник, стикаючись зі вказаними вимогами, може, спираючись на приписи ст. 16 Закону, **не надавати документи, які не передбачені законодавством**, надаючи при цьому (бажано) **роз'яснювальний лист з підставами ненадання**. Про це свідчить відповідна судова практика у справі № 826/15639/17. Відповідно до матеріалів справи **переможець тендеру не надав документ**, який вимагала тендерна документація, адже такий документ **не передбачений** для нього **законодавством**. Конкурент оскаржив рішення замовника про обрання переможця, за його скаргою АМКУ ухвалив рішення про невідповідність пропозиції переможця вимогам документації та зобов'язав замовника скасувати рішення про обрання переможця. Переможець не погодився з рішенням АМКУ та оскаржив його до суду. Суди першої та апеляційної інстанцій підтримали позивача та визнали рішення АМКУ, на підставі якого замовник відхилив пропозицію, протиправним та скасували його. Однак слід сказати, що відповідна практика суду не є прецедентом та в цій справі ще немає рішення Верховного

Суду. Також звертаю увагу, що переможець вже навряд чи укладе договір із замовником за цією процедурою, а тому все ж краще оскаржувати відповідні умови до Органу оскарження або виконувати їх.

Висновок

Отже, термін «документи, що не передбачені законодавством для учасників», по суті, є оціночним судженням, навіть у практиці АМКУ, тому замовник під час формування вимог у тендерній документації повинен зважати на те, що різні суб'єкти господарювання можуть мати/не мати окремі документи та інформацію. Замовникові необхідно чітко встановлювати вимоги до можливих учасників закупівлі, виходячи з їх особливостей, хоча б розділяти фізичних, юридичних осіб та нерезидентів або вимагати універсальні документи для зменшення ризику оскарження умов та навіть рішень щодо пропозицій учасників.