

Учасникам про нюанси оскарження дискримінаційних вимог до аналогічного договору

Тендер починається з документації. Саме в ній замовник визначає, що він хоче купити та в кого. У когось це — фактичний портрет майбутнього контрагента, намальований замовником, який складається з трьох частин: обладнання й матеріально-технічна база, досвід виконання аналогічних договорів та кваліфіковані працівники. У кожній із цих трьох частин замовник зазначає вимоги, яким повинен відповідати учасник, а також перелік інформації та документів, які має надати учасник у складі тендерної пропозиції на підтвердження такої відповідності.

Аналогічні договори: обмеження обсягом у грошовому/кількісному еквіваленті

Якщо, ознайомившись із тендерною документацією, ви побачили, що замовник вимагає не просто наявність досвіду виконання аналогічних договорів, а й зазначає обсяг поставлених товарів або виконаних робіт у грошовому/кількісному еквіваленті, якого ви не маєте, то передусім потрібно чесно відповісти собі на таке питання: «Чи можу я, незважаючи на відсутність такого досвіду, перемігши, якісно, вчасно та без порушень виконати контракт?» Якщо відповідь на це питання ствердна, то перевірте, коли добігають кінця строки оскарження умов документації до Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі — Колегія). Якщо строки оскарження не сплинули, то вам — до Антимонопольного комітету України (далі — АМКУ).

Така вимога тендерної документації може бути сформульована порізно. залежно від формулювання вимоги й ваші обґрунтування в скарзі, пояснення та докази будуть різнитись. однак є певні загальні аспекти, які ваша скарга повинна містити, якщо ви хочете, щоб шанси на отримання рішення на вашу користь були великими.

Про що має бути скарга?

Ви повинні зазначити в скарзі, що:

маєте намір взяти участь у процедурі за-купівлі;

не можете виконати вимогу тендерної документації щодо наявності досвіду виконання робіт/поставки товарів у певному обсязі;

при цьому маєте досвід виконання робіт/постачання товарів у обсязі, меншому за визначений тендерною документацією (зазначити такий обсяг);

також ви впевнені, що вашого досвіду вистачить для того, аби, перемігши, якісно, вчасно та без порушень виконати контракт;

ви маєте достатньо кваліфікованих працівників та необхідне обладнання й матеріально-технічну базу, щоб виконати такий контракт;

у зв'язку із чим вважаєте, що така вимога є дискримінаційною щодо вас та що замовник порушив ваші права, пов'язані з участю в процедурі закупівлі.

До скарги одразу рекомендую долучити докази для підтвердження ваших слів. Це можуть бути аналогічні договори, які ви виконали до цього, позитивні відгуки від контрагентів, сертифікати/дипломи працівників, презентаційні матеріали щодо завершених проєктів тощо. Документами та описом ви повинні довести колегії, що ваша компанія може бути надійним партнером замовника, незважаючи на те, що не має того досвіду, який вимагає документація.

Як Колегія оцінює дискримінаційність?

Залежно від вимог тендерної документації щодо викладеного практика Колегії та ваша позиція щодо доведення дискримінаційності таких умов тендерної документації та необхідності внесення до них змін може відрізня-тись. Нижче розберемо кілька варіантів. Та якими б не були рішення Колегії щодо цього питання в минулому, під час оскарження такого кваліфікаційного критерію, як досвід, колегія оцінює дискримінацію саме конкретного скаржника. Тому рішення Колегії переважно залежатиме від того, чи справді ви здатні якісно виконати такий контракт і чи зможете це пояснити та довести на засіданні Колегії.

Варіант № 1

Вимога наявності досвіду виконання аналогічних договорів на конкретну суму поставки товарів/виконання робіт. Це — найпростіший варіант для оскарження. Адже в цьому напрямку практика Колегії була сформована та поки не змінювалась: досвід не вимірюється грошима. Адже гроші — це договірна ціна, про яку домовились між собою дві сторони контракту. На ціну до того ж може впливати індекс інфляції, курс іноземної валюти, наявність сезонно-го дефіциту, тимчасові проблеми з розмитненням, зміна системи оподаткування й іще багато чого, що не має жодного стосунку до вагомості вашого досвіду. Отже, у будь-якому випадкові ви повинні зазначити в скарзі все описане вище, долучити письмові докази для підтвердження, з'явитись на засідання Колегії й

вірити в перемогу, шанси на яку в такому випадкові у вас будуть дуже високі.

Варіант № 2

Замовник вимагає в тендерній документації наявність досвіду постачання товарів/виконання робіт в обсягу, вираженому не в сумі договору, а в кількості. Цей варіант є складнішим та залежить від того, який відсоток від обсягу, який закуповує замовник, складає той, що він вимагає як досвід, а також від того, який досвід маєте ви та яким чином можете підтвердити свою спроможність виконати договір. Якщо досвід, якого вимагає замовник, у кількісному виразі наближається до 100 % обсягу, який закуповують, то ваші шанси на задоволення скарги достатньо високі. Попередня практика Колегії складалась таким чином, що наближений до 100 % обсяг вважався дискримінаційним стосовно скаржника, який має досвід більше 50 % від такого обсягу.

Якщо ж ідеться про вимогу наявності досвіду постачання товарів/виконання робіт в обсязі менше 50 % від обсягу закупівлі (та скаржник своєю чергою має значно менший досвід), то шанси на перемогу під час оскарження зменшуються. однак це не означає, що Колегія обов'язково відмовить вам у задоволенні скарги.

Рекомендації щодо доказової бази скарги

Що вам потрібно зазначити в скарзі та які докази надати задля того, аби все ж отримати право взяти участь у закупівлі та позмагатись за перемогу?

Передусім долучіть до скарги копії договорів на підтвердження наявного у вас досвіду в обсязі, який ви маєте та про який зазначили в скарзі.

Витратьте свій час та отримайте відгуки від контрагентів за договорами щодо якісного та вчасного виконання вами таких договорів без допущення порушень їх умов.

Також опишіть процес виконання подібних договорів та обґрунтуйте, чому ви впевнені, що зазначений замовником у документації обсяг досвіду є завищеним та чому компанії, що мають досвід, аналогічний вашому, можуть задовольнити по-требу замовника у вчасному та якісному постачанні товарів/виконанні робіт.

Опишіть, які кваліфіковані працівники працюють у вашій компанії, який вони мають досвід залучення до виконання таких договорів, у тому числі в минулому, якщо вони працювали до вашої компанії в іншому місці.

Надайте документи, що підтверджують їх кваліфікацію. Якщо вони проходили спеціальні курси підвищення кваліфікації, брали участь в конкурсах/рейтингах, були

авторами експертних матеріалів в цій галузі тощо, то все це, додане до скарги, збільшить ваші шанси отримати рішення Колегії на вашу користь.

Якщо виконання таких робіт або або постачання товарів вимагає наявності певної матеріально-технічної бази та обладнання, то опишіть, що саме ви маєте, чому цього достатньо, та надайте документальне підтвердження наявності.

Якщо ви не є виробником товару, який закуповує замовник, то ви можете також долучити до скарги документ від виробника/офіційного представника/дилера/дистриб'ютора, який останнім підтвердить наявність з вами договірних стосунків та готовність поставити вам товар у необхідні строки, у необхідній кількості та з якістю, яку вимагають.

Якщо товар вже є у вас на складі, то напишіть це в скарзі та додайте до скарги докази наявності товару.

Висновки

Це не виключний перелік доказової бази, завдяки якій скаржник підвищує свої шанси на перемогу у випадку оскарження.

Ви можете зазначити іншу інформацію та надати інші документи, які, на вашу думку, переконливо свідчатимуть про наявність у вас достатньої кваліфікації для виконання договору.

Також наведений вище перелік не є обов'язковим. Можливо, у вашому випадкові виконання навіть декількох із зазначених пунктів буде достатньо, щоб переконати Колегію у вашій надійності. Розумію, що важко зібрати такий великий обсяг виключно для того, щоб позмагатись за право взяти участь у закупівлі. Однак пам'ятайте, що ми говоримо про випадок, коли ви маєте суттєво менший за обсягом досвід за той, який закуповує замовник та вимагає в документації, а значить колегія, щоб втрутитись у цей процес, повинна бути впевнена, що не нашкодить та що її рішення не призведе до укладення замовником договору з компанією, яка не зможе його виконати якісно та вчасно.

Вдалих вам закупівель!