

Щодо негативного досвіду виконання учасником аналогічного договору



Рішення № 1692-р/пк-пз від 18.02.2019. Оголошення № UA-2019-01-15-001725-b

Зміст порушення

Скаржник зазначає, що відповідно до п. 5 р. III документації **в разі, якщо замовник має достовірну інформацію про негативний досвід виконання учасником аналогічного (-них) договору (-ів) (порушення умов договору (-ів), замовник відхиляє тендерну пропозицію такого учасника як таку, що не відповідає кваліфікаційним критеріям.**

При прийнятті рішення про відхилення пропозиції через вищевказані причини замовник у протоколі розгляду пропозицій вказує джерело отримання інформації, реквізити договору (-ів) з посиланням на пункти договору (-ів), які порушено, та документи, які підтверджують факт порушення вищевказаних умов.

Такі положення документації, за твердженням скаржника, абсолютно суперечать принципам здійснення закупівель, визначеним у Законі**, зокрема принципам добросовісної конкуренції серед учасників, відкритості та прозорості на всіх стадіях закупівель, недискримінації учасників, об'єктивної та неупередженої оцінки тендерних пропозицій, запобігання корупційним діям і зловживанням.

На думку скаржника, замовник планує з невідомих джерел збирати незрозумілі дані і на підставі цих даних, які не мають жодного стосунку до пропозиції учасника, ухвалювати рішення про відхилення тендерних пропозицій. Замовник у своїх поясненнях зазначає, що наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного договору є одним з кваліфікаційних критеріїв, який замовник має право встановлювати для учасників торгів згідно зі ст. 16 Закону. Тому, на думку замовника, твердження скаржника про неправомірність таких вимог документації є необґрунтованим

Позиція органу оскарження

Замовник не довів і документально не підтвердив необхідності встановлення зазначеної умови документації в наведеній вище редакції. Варто зазначити, що документація не містить визначення терміну «негативний досвід» виконання учасником аналогічного (-них) договору (-ів) (порушення умов договору (-ів)). **За таких умов з незалежних від учасника причин замовник може встановити наявність негативного досвіду виконання учасником аналогічного (-них) договору (-ів) [порушення умов договору (-ів) без визначення критеріїв оцінки такого виконання та без можливості учасником спростувати таку інформацію], що в подальшому може стати підставою для відхилення пропозиції учасника через причини, що не залежать від нього, що є дискримінаційним щодо таких суб'єктів господарювання, у тому числі скаржника.** Встановивши зазначену умову, замовник порушив принципи, установлені ст. 3 Закону, зокрема принцип об'єктивної та неупередженої оцінки. Згідно з ч. 3 ст. 5 Закону, замовник не може встановлювати дискримінаційні вимоги до учасників. Ч. 4 ст. 22 Закону передбачено, що тендерна документація не повинна містити вимог, які обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників. **Дії замовника** зі встановлення в документації наведених вище вимог **порушують вимоги ч. 3 ст. 5 і ч. 4 ст. 22 Закону, якими передбачена недискримінація учасників, а також права та законні інтереси скаржника**, пов'язані з його участю у процедурі закупівлі, та принципи недискримінації учасників, відкритості та прозорості на всіх стадіях закупівель, передбачені ст. 3 Закону. Виходячи з вищевикладеного, **замовник повинен усунути наведені порушення, внівши зміни до документації в цій частині**

Поняття дискримінації Законом не визначено та є суб'єктивним. Загальне значення дискримінації (лат. discriminatio «розрізнення») — будь-яка відмінність, виключення, обмеження або перевага, що заперечує або зменшує рівне здійснення прав. Поняття охоплює виключення або обмеження можливостей для особи стосовно можливостей інших осіб.

Коментар

Наведений вище приклад підтверджує, що учасник, який має намір взяти участь у процедурі закупівлі, може довести, що вимога тендерної документації, яка обмежує його право на участь у процедурі закупівлі, є дискримінаційною. При цьому учасник має досвід та можливість забезпечити виконання зобов'язань щодо належного постачання предмета закупівлі.

Також необхідно пам'ятати, що скарга повинна бути складена відповідно до ст. 18 Закону та містити інформацію про намір взяти участь у процедурі закупівлі; вимогу тендерної

документації, яка дискримінує саме скаржника; обґрунтування (чому дискримінує саме скаржника); підтвердження можливості задоволення потреби замовника; альтернативне формулювання вимоги.

У розглянутих прикладах учасник довів, що дії замовника зі встановлення в документації наведених вимог порушують вимоги ч. 3 ст. 5 та ч. 4 ст. 22 Закону, якими передбачена недискримінація учасників, а також права та законні інтереси скаржника, пов'язані з його участю у процедурі закупівлі, та принципи недискримінації учасників, відкритості та прозорості на всіх стадіях закупівель, що передбачено ст. 3 Закону.

Отже, замовникові під час встановлення тієї чи іншої вимоги в тендерній документації необхідно відповісти на два запитання, а саме:

чи є така вимога об'єктивною та обґрунтованою?

чи не буде така вимога наслідком обмеження або позбавлення прав учасника?