

Як установлювати й виконувати вимоги статті 16 закону про закупівлі

Завданням замовника є не лише успішно провести процедуру закупівлі, а й акцептувати пропозицію учасника, який відповідає всім кваліфікаційним критеріям, є конкурентоздатним та добросовісним контрагентом.

Для цього статтею 16 Закону України «Про здійснення державних закупівель» (далі — Закон) встановлено низку вимог, які замовник має право, а в окремих випадках зобов'язаний встановити до учасників процедур закупівель. Проте, зважаючи на численну кількість рішень постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері державних закупівель (далі — АМК України), Державної фінансової інспекції України та інших контролюючих органів, необхідно відзначити, що не всі тонкощі та роз'яснення Мінекономрозвитку України наразі засвоєні як замовниками, так і учасниками торгів. А тому пропоную детальніше заглибитись у те, як правильно вимагати від учасника підтвердження його відповідності вимогам статті 16 Закону, а учасникові надати вичерпне підтвердження його відповідності таким вимогам для уникнення можливості відхилення поданої ним пропозиції конкурсних торгів.

Частиною 1 статті 16 Закону встановлено, що **замовник вимагає** від учасників або учасників попередньої кваліфікації подання ними документально підтвердженої інформації про їх відповідність кваліфікаційним критеріям.

Окрім цього, пункт 2 частини 2 статті 22 Закону визначає, що документація конкурсних торгів повинна містити кваліфікаційні критерії до учасників відповідно до статті 16, вимоги, установлені статтею 17 цього Закону, та інформацію про спосіб документального підтвердження відповідності учасників установленим критеріям та вимогам згідно із законодавством.

Частиною 3 статті 16 Закону вказано, що визначені замовником, згідно із цією статтею, кваліфікаційні критерії та перелік документів, що підтверджують інформацію учасників або учасників попередньої кваліфікації про відповідність їх таким критеріям, зазначаються в документації конкурсних торгів або кваліфікаційній документації та вимагаються під час проведення переговорів з учасником (у разі застосування переговорної процедури закупівлі).

Тобто зазначені вище норми Закону встановлюють імперативну вимогу про необхідність зазначення замовником кваліфікаційних критеріїв у вимогах, які встановлюються до учасників процедур відкритих торгів, попередньої кваліфікації, переговорної процедури закупівлі та двоступеневих торгів.

Варто нагадати, що, згідно з абзацом 2 цієї норми Закону, замовник не встановлює кваліфікаційні критерії в разі:

проведення процедури запиту цінових пропозицій;

закупівлі нафти, нафтопродуктів сирих, природного і нафтового газу, електричної енергії, послуг з її передачі та розподілу, централізованого постачання теплової енергії, послуг поштового зв'язку, поштових марок та маркованих конвертів, телекомунікаційних послуг, у тому числі з трансляції радіо- та телесигналів, послуг з централізованого водопостачання та водовідведення, послуг з перевезення залізничним транспортом загального користування.

При цьому частиною 2 статті 16 Закону встановлено, що замовник **може** встановлювати такі кваліфікаційні критерії:

наявність обладнання та матеріально-технічної бази;

наявність працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід;

наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічних договорів;

наявність фінансової спроможності [баланс, звіт про фінансові результати, звіт про рух грошових коштів, довідка з обслуговуючого банку про відсутність (наявність) заборгованості за кредитами].

Таким чином, дана норма встановлює право замовника обирати, які саме кваліфікаційні критерії встановлювати в числі вимог до учасників відповідної процедури закупівлі. Звертаємо вашу увагу на те, що представники Державної фінансової інспекції України дотримується думки, що кваліфікаційних критеріїв, згідно зі статтею 16 закону, замовники повинні встановлювати щонайменше два, адже вираз «замовник може встановлювати такі кваліфікаційні критерії...» вжито у множині. Тобто замовник має право встановити всі або декілька з числа вищеперерахованих критеріїв процедури закупівлі.

Замовник має право встановити всі або декілька з числа кваліфікаційних критеріїв, названих у статті 16 Закону.

Водночас, згідно з інформативним листом щодо видів порушень при проведенні процедур закупівель, розміщеним у журналі «Радник в сфері державних закупівель» № 2 (29) за лютий 2014 року на сторінках 29–31, виходячи із системного аналізу положень Закону, вбачається, що замовникові надається право визначати документи, якими учасник повинен підтвердити відповідність кваліфікаційним критеріям, визначеним статтею 16 Закону (у разі їх установа). Розглянемо детально кожен з таких кваліфікаційних критеріїв.

1. Наявність обладнання та матеріально-технічної бази

Доволі розповсюдженим способом підтвердження наявності обладнання та матеріально-технічної бази, що вимагається від учасників, є довідка в довільній формі. Така вимога не є порушенням, проте де-факто часто не підтверджує наявності в учасника необхідних матеріальних і технічних можливостей.

Повнішу інформацію від учасника замовник може отримати, установивши вимогу про надання заповненої форми довідки, яка затверджується умовами документації конкурсних торгів, або копій документів, що підтверджують право володіння, користування або розпорядження учасником відповідним обладнанням. Наприклад, складськими приміщеннями, якщо планується здійснюватися поставка товару у великих об'ємах та/або автотранспорту, у тому числі з відповідним рефрижераторним обладнанням, якщо товар, що закуповується, потребує постійного підтримання відповідного температурного режиму (наприклад, при закупівлі лікарських препаратів чи харчів).

За результатами аналізу рішень АМК України необхідно підкреслити їх однозначність у частині, що в разі якщо замовник вимагав від учасника підтвердити право власності або право оренди на відповідне обладнання, а такий надав копії договорів про надання послуг, співпрацю, транспортування, зберігання тощо, то такі документи не підтверджують відповідність учасника вимогам замовника, а пропозиція конкурсних торгів є такою, що підлягає відхиленню.

Окрім зазначених документів, з метою розширення кола потенційних учасників, замовник серед інших вимог може встановити можливість надання копії інвентаризаційної відомості, балансу тощо з метою підтвердження відповідності учасника даному кваліфікаційному критерієві.

2. Наявність працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід

З метою підтвердження учасником наявності необхідної кількості працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід, замовник може встановити обов'язок подання учасником відповідної довідки в довільній або в установленій умовами документації замовника формі. При цьому замовник повинен скрупульозно слідкувати за зазначенням учасником усієї інформації, що вимагається в затвердженій замовником формі довідки.

Щодо деяких процедур закупівель замовник має право правомірно вимагати: копії трудових книжок або трудових договорів, свідоцтв про відповідну кваліфікацію працівників, копію штатного розпису, медичних книжок працівників, у разі якщо виконання договору про закупівлю, укладеного за результатами здійснення процедури

торгів, не може бути виконано без наявності відповідної кількості працівників з відповідними кваліфікаційними характеристиками. Для прикладу: закупівля послуги з організації гарячого харчування або послуги з охорони.

Проте зловживати таким правом та вимагати необґрунтований перелік документів від учасників не варто, оскільки рішення АМК України із цього питання є різносторонніми, а саме: у разі якщо замовник вимагає перелік копій документів працівників, які містять персональні дані, проте серед вимог до учасників не вказує необхідності надання згоди на обробку персональних даних від кожного з таких працівників, то АМК України у своїх рішеннях говорить про неправомірність таких вимог та зобов'язує замовника внести відповідні зміни до документації конкурсних торгів. Проте в разі якщо разом з вимогою про надання переліку копій документів працівників замовник вимагає надання згоди на обробку персональних даних кожного з таких працівників, то учасник може успішно оскаржити таку вимогу до АМК України як дискримінаційну, посилаючись на те, що один з його працівників відмовився підписати таку згоду на обробку його персональних даних, тож учасник не може в повній мірі виконати умови документації конкурсних торгів замовника.

3. Наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічних договорів

Аналогічно двом попереднім кваліфікаційним критеріям замовник для отримання підтвердження від учасника, що той має досвід виконання аналогічних договорів, може встановити вимогу про надання учасником довідки в довільній або установленій вимогами замовника формі.

Проте якщо замовник бажає встановити більш розгорнуті вимоги до учасників, то він має взяти до уваги ряд важливих нюансів, які необхідно відзначити за результатами аналізу рішень АМК України, висновків моніторингу Мінекономрозвитку та Державної фінансової інспекції України.

По-перше, даний кваліфікаційний критерій, установлений статтею 16 Закону, вимагає від учасника наявності досвіду виконання аналогічних договорів, тобто не менше ніж два договори за аналогічним предметом закупівлі. *Детальніше стосовно даного питання читайте у статті «Скільки потрібно вимагати аналогічних договорів?» у журналі «Радник в сфері державних закупівель» № 8 (23) за серпень 2013 року на сторінках 16–19.*

По-друге, важливо відзначити, що копія договору не підтверджує факт його виконання, а тому замовник має право разом з копією договору про виконання аналогічних договорів встановити вимогу до учасника надати копію акта виконаних робіт (у будівництві — це довідка № КБ-3), наданих послуг, прийому-передачі товару тощо.

По-третє, слід зазначити, що в разі подання учасниками в переліку документів пропозиції копії договору замовник має уважно ознайомитися з умовами такого договору щодо того,

чи подано всі додатки до договору в копії у складі пропозиції. Адже якщо умовами договору передбачено наявність певних додатків, які є невід'ємною частиною відповідного договору, а учасник не надав їх копію у складі пропозиції, то замовник зобов'язаний відхилити пропозицію такого учасника на підставі абзацу 2 пункту 1 частини 1 статті 29 Закону як таку, що не відповідає кваліфікаційним критеріям, установленим статтею 16 цього Закону.

При цьому вимога замовника до учасника про надання копій аналогічних договорів саме від бюджетних організацій або на певну суму найімовірніше буде успішно оскаржена до АМК України як дискримінаційна.

Для правильного визначення того, чи правильно виконано вимоги учасником, необхідно взяти до уваги, що в разі якщо в документації конкурсних торгів встановлено вимогу про надання аналогічних договорів за 2012–2014 роки, то учасник може, не порушуючи вимог замовника, надати копії договорів за один із років, указаних у цьому проміжку, наприклад, надавши необхідну кількість копій договорів саме за 2013 рік.

Якщо ж документацією встановлено вимогу про надання копій документів саме за 2012, 2013, 2014 роки, то в такому випадку учасник зобов'язаний надати копії таких договорів за кожен з названих років. Проте аналізуючи висновки АМК України, необхідно наголосити, що, згідно з його рішеннями, установлення такої вимоги є дискримінаційним кроком. *Детальніше щодо цього питання читайте в журналі «Радник в сфері державних закупівель» № 2 (17) за лютий 2013 року на сторінці 15.*

Важливо відзначити бачення АМК України стосовно вимог замовника про надання учасником копій документів, посвідчених нотаріально. Колегія АМК України з розгляду про порушення законодавства у сфері державних закупівель (для прикладу, рішення № 1311-р/пк-ск від 09.08.2013) вважає такі вимоги дискримінаційними, оскільки виконання вимог учасником призводить до здорожчання поданої ним пропозиції, що призводить до перевитрачання бюджетних коштів та порушення принципу максимальної економії та ефективності здійснення процедур закупівель. А тому замовникам варто уникнути зловживань щодо встановлення вимог про нотаріальне завірення копій документів та вимагати їх тільки у випадках крайньої необхідності.

Вимога замовника про нотаріальне посвідчення копій документів учасника є дискримінаційною.

4. Наявність фінансової спроможності

Частина 2 статті 16 щодо цього кваліфікаційного критерію, на відміну від попередньо описаного в даній статті, містить уточнення, яке фактично визначає, що учасник може підтвердити свою фінансову спроможність шляхом надання в складі пропозиції таких документів: баланс, звіт про фінансові результати, звіт про рух грошових коштів, довідка з обслуговуючого банку про відсутність (наявність) заборгованості за кредитами.

Проте необхідно зауважити, що, зазначивши такий перелік документів у числі вимог до учасників, замовник має пам'ятати, що не всі з вищеперерахованих звітів може надати кожен з потенційних учасників. Згідно зі статтею 11 Закону України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні», для суб'єктів малого підприємництва і представництв іноземних суб'єктів господарської діяльності національними положеннями (стандартами) встановлюється скорочена за показниками фінансова звітність у складі балансу і звіту про фінансові результати. Окрім цього, для фізичних осіб-підприємців пунктом 46.1 статті 46 та пунктом 177.5 статті 177 Податкового кодексу України передбачено, що вони подають податкові декларації контролюючому органу за місцем своєї податкової адреси.

Замовники повинні зважати на такі норми законодавства України та передбачати можливість надання пояснення учасниками в разі, якщо вони не можуть надати один або декілька з числа зазначених замовником документів для підтвердження фінансової звітності.

Варто нагадати, що відповідно до частин 1 та 2 ст. 13 Закону України «Про бухгалтерський облік та фінансову звітність в Україні» звітним періодом для складання фінансової звітності є календарний рік. Згідно із цією ж нормою Закону, проміжна звітність складається щоквартально наростаючим підсумком з початку звітного року в складі балансу та звіту про фінансові результати. Таким чином, замовник може встановити надання учасниками копій фінансових звітів за останній звітний період, тобто останній завершений бюджетний рік, а також копії проміжних звітів. При цьому звітним періодом для звіту про рух грошових коштів є тільки рік, а для фізичних осіб-підприємців звітний (податковий) період варіюється залежно від ставки податку, за яким він оподатковується. *Детальніше щодо цього питання ви можете дізнатися зі статті в журналі «Радник в сфері державних закупівель» № 6 (33) за червень 2014 року на сторінках 12-13.*

Також радимо в документації конкурсних торгів вказати конкретний період для того, щоб учасники могли правильно підготувати пропозицію конкурсних торгів. Наприклад, можна зазначити: копія звіту про фінансові результати за 2013 рік.

Окремо замовник може встановити вимогу, що копії документів, які підтверджують фінансову спроможність учасника, мають містити відмітки компетентного органу про отримання такого документа або копії квитанцій № 1 та № 2 у разі, якщо учасник подає фінансову звітність електронним способом.

Підтвердження відсутності заборгованості за кредитами

Стосовно вимоги замовника про надання учасником довідки з обслуговуючого банку про відсутність (наявність) заборгованості за кредитами необхідно зазначити такі важливі моменти. По-перше, за результатами аналізу рішень АМК України варто наголосити, що встановлення вимоги замовником про те, що учасник не повинен мати кредитів, є дискримінаційним кроком. Мотивацією такого висновку АМК України є те, що учасник може отримати певну суму кредиту у відповідній банківській установі — і при цьому

вчасно та в повній мірі сплачувати заборгованість за тілом кредиту та відсотками. А тому замовникові варто від учасника вимагати підтвердження відсутності саме простроченої заборгованості за кредитами.

Також у разі вимагання довідки з обслуговуючого банку про відсутність (наявність) простроченої заборгованості за кредитами потрібно звернути увагу на те, що в учасника можуть бути відкриті рахунки в декількох банках, а не в одному. Отже, у документації бажано вказувати дану вимогу так: довідка або довідки (у разі відкриття рахунків у декількох банках) з обслуговуючого банку або обслуговуючих банків (у разі відкриття рахунків у декількох банках) про відсутність простроченої заборгованості за кредитами, датована або датовані не більше місячної давнини до дати розкриття пропозицій конкурсних торгів (у якій чи яких повинна бути інформація про наявність або відсутність простроченої заборгованості за кредитними угодами).

У разі якщо замовник додатково бажає впевнитись у тому, що учасник не має простроченої кредитної заборгованості в жодному банку, він може встановити вимогу, що учасник має надати довідку в довільній формі, в якій підтвердить факт, що в переліку документів, які надані ним у складі пропозиції, надано довідки про відсутність простроченої заборгованості за кредитами від усіх банківських установ, у яких він має відкриті рахунки.

Тож Закон надає право обирати, які саме кваліфікаційні критерії має встановлювати замовник до учасників, а отже, і перелік документів для підтвердження його відповідності таким критеріям може бути як розгорнутим, так і максимально скороченим. А тому залежно від складності предмета закупівлі замовник має право змінювати перелік таких кваліфікаційних критеріїв та документів, що необхідні для їх підтвердження та доведення факту конкурентоздатності учасників та його спроможності виконати вимогу договору про закупівлю в повній мірі. У наступному номері журналу розглянемо питання про те, як правильно встановлювати та виконувати вимоги статті 17 Закону.