

Прив'язка до виробника: практика Органу оскарження

Технічні вимоги замовника завжди потребують найретельнішої уваги учасника. Найчастіше саме в технічних вимогах замовник приховує перешкоди для чесної участі. Замовник може встановити певний технічний параметр, прописаний під єдиного виробника, або певний специфічний документ, який є лише в одного учасника, тощо.

Відповідно до частини 4 статті 23 [Закону України «Про публічні закупівлі»](#) (далі — Закон) технічні специфікації не повинні містити посилання на конкретні марку чи виробника або на конкретний процес, що характеризує продукт чи послугу певного суб'єкта господарювання, чи на торгові марки, патенти, типи або конкретне місце походження чи спосіб виробництва. Якщо таке посилання є необхідним, воно повинно бути обґрунтованим та містити вираз «або еквівалент».

У разі виявлення в технічному завданні вимог, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників, учасникам варто відстоювати свою думку шляхом подання скарги до Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі — Колегія).

Про рішення Колегії щодо (не)дискримінаційного характеру технічних вимог замовника читайте на порталі RADNUK.COM.UA у статтях:

«[Лист від виробника: правильно чи ні?](#)»;

«[Замовник вимагає зразок товару: має право чи ні?](#)»;

«[Прив'язка замовника до одного виробника: правильно чи ні?](#)»;

«[Залежність учасника від третіх осіб: правильно чи ні?](#)».

Сьогодні ж ми приготували для вас добірку рішень Колегії стосовно вимоги замовника саме щодо наявності в учасника договірних та / або інших відносин із виробником товару. Які скарги задовольняє Колегія, а які ні? Проаналізуємо разом.

Додатково пропонуємо переглянути вебінар на тему: **Оскарження технічних вимог замовника**

Частина 1. Оскарження умов тендерної документації



Рішення Колегії № 12978-р/пк-пз від 09.06.2021, оголошення № [UA-2021-05-05-000882-b](#).

Вимога тендерної документації: учасник повинен надати чинний сертифікат генетичних, технологічних та якісних характеристик, виданий ТК-92 «Вугілля та продукти його перероблення» або ВП «УкрНДІвуглезбагачення» на ім'я виробника на марки вугілля, що закуповуються замовником відповідно до вимог тендерної документації.

Позиція скаржника	Позиція Колегії
Скаржник зазначає, що замовник установив вимогу, що сертифікат генетичних, технологічних та якісних характеристик повинен бути виданий виключно на ім'я виробника. Єдиним документом, що передбачає видачу такого сертифіката, є ДСТУ 7146:2010 і такий стандарт не містить вимоги, що сертифікат видається виключно на ім'я виробника.	Замовник не довів необхідність встановлення наведеної умови в редакції «на ім'я виробника», така вимога є дискримінаційною щодо скаржника та інших суб'єктів господарювання. Замовник повинен усунути наведені невідповідності шляхом внесення відповідних змін до тендерної документації.

Коментар: вимога замовника щодо надання учасниками сертифіката, який виданий саме «на ім'я виробника», визнається Колегією як дискримінаційна та підлягає усуненню.



**Рішення Колегії № 13149-р/пк-пз від 10.06.2021,
оголошення № [UA-2021-05-17-014658-b](#).**

Вимога тендерної документації: учасник повинен надати гарантійний лист та як додаток до нього фотографію упакованого товару — мішка, на якому має бути зазначено фасування — від 25 кг до 50 кг, розмір кусків 40–80 мм предмета закупівлі, країни виробника та адреси з контактними номерами телефонів, басейну та родовища, ТОСТ або ДСТУ країни видобування.

Позиція скаржника

Скаржник вважає таку вимогу незаконною та дискримінаційною. Замовник даною вимогою зобов'язує, щоб в учасника в наявності уже був предмет закупівлі, розфасований у поліпропіленові мішки. Вимога у такій редакції штучно обмежує коло учасників. Скаржник на момент підготовки тендерної пропозицій ще не придбав предмет закупівлі і, як наслідок, не може надати його фотографії у мішках. Жоден учасник не зобов'язаний купляти товар, що необхідний замовнику, на етапі підготовки тендерних пропозицій. Скаржник на розгляд Колегії надав договір поставки, укладений між ним та його постачальником, предметом якого є передача у власність товару, який відповідає предмету закупівлі.

Позиція Колегії

Замовник не довів необхідність встановлення наведеної умови. Вимога надати гарантійний лист та як додаток до нього фотографію упакованого товару (мішка), є дискримінаційною щодо скаржника та інших суб'єктів господарювання. Замовник повинен усунути наведені невідповідності шляхом внесення відповідних змін до тендерної документації.

Коментар: скаржнику вдалося довести, що вимога замовника щодо надання фотографії товару з інформацією про фасування, розмір кусків, виробника, басейн та родовища тощо є дискримінаційною.



**Рішення Колегії № 12978-р/пк-пз від 09.06.2021,
оголошення № [UA-2021-05-05-000882-b](#).**

Вимога тендерної документації: учасник повинен надати довідку в довільній формі про найменування (назву, марку, тип), кількість, строк експлуатації, технічний стан, підставу володіння / використання / залучення (власне / орендоване / договір про надання послуг) обладнання та матеріально-технічної бази учасника: складське(і) приміщення та / або спеціальний майданчик(и) для зберігання вугілля, транспортні засоби (не менше двох) та навантажувальну техніку / обладнання, що буде використовуватись для поставки вугілля, вагове обладнання, яке може бути використане за місцем поставки вугілля.

Позиція скаржника	Позиція Колегії
<p>Скаржник зазначає, що у своїй діяльності при поставці вугілля взагалі не використовує навантажувальну техніку / обладнання. Скаржник не є виробником товару, що є предметом закупівлі за даними торгами, він отримує вугілля вантажним транспортом (вантажний автомобіль-самоскид) від свого постачальника (виробника) та не володіє інформацією про його (виробника) матеріально-технічну базу (про наявність у постачальника (виробника) навантажувальної техніки / обладнання).</p>	<p>Скаржник не довів та документально не підтвердив неможливість виконати наведену умову тендерної документації, а також не надав документального підтвердження, яким чином наведена умова порушує його права та законні інтереси, пов'язані з участю у процедурі закупівлі, у зв'язку з чим відсутні підстави для задоволення скарги в цій частині.</p>

Коментар: намагання скаржника пов'язати вимогу щодо підтвердження наявності (володіння / використання / залучення) обладнання та матеріально-технічної бази із тим, що скаржник не є виробником, сенсу не має. Виступає учасник виробником або ні, у будь-якому разі він повинен підтвердити наявність матеріально-технічної бази або надати докази та документально підтвердити, яким саме чином наведена умова порушує його права та законні інтереси.

Частина 2. Оскарження результатів процедур закупівель



Рішення Колегії № 14164-р/пк-пз від 23.06.2021, оголошення № [UA-2021-04-29-002655-а](#).

Обставини справи: умовами тендерної документації передбачено надання технічної специфікації у табличній формі, у якій наявна графа «Виробник». У процедурі закупівлі взяли участь три учасники: ТОВ «К», ТОВ «З» та ФОП «Ч». ТОВ «З» було визначено переможцем. ФОП «Ч» / скаржник не погодився з таким рішенням замовника та подав скаргу до Колегії, у якій зазначив, що у складі тендерної пропозиції ТОВ «З» в технічній специфікації у графі «Виробник» майже за всіма позиціями запропонованого товару зазначені країни світу або слово «Оригінал», а не виробник запропонованого товару.

Позиція замовника

Позиція Колегії

ТОВ «З» надало файл «Техн.специф.pdf», який містить технічну специфікацію до закупівлі, у таблиці якої заповнені всі поля. Замовник у тендерній документації не конкретизував та не визначав перелік інформації, яку учасник має зазначити в колонці «Виробник».

ТОВ «З» у складі тендерної пропозиції надало технічну специфікацію (файл «Техн.специф.pdf»), в якій відсутня інформація саме про виробника щодо кожного товару, що пропонується учасником. Тендерна пропозиція ТОВ «З» не відповідає умовам технічної специфікації та іншим вимогам щодо предмета закупівлі, у замовника наявні підстави для відхилення ТОВ «З».

Коментар: тендерна пропозиція учасника повинна відповідати вимогам тендерної документації у повному обсязі, та якщо замовник вимагає, щоб у графі специфікації було вказано виробника, то учаснику слід вказувати у цій колонці саме виробника товару, в іншому випадку його тендерна пропозиція буде правомірно відхилена.



Рішення Колегії № 14312-р/пк-пз від 24.06.2021, оголошення № [UA-2021-05-07-000027- б](#).

Обставини справи: тендерна пропозиція ТОВ «М» була відхилена. Підставою відхилення, зазначеною замовником, є «... тендерна пропозиція учасника не відповідає умовам технічної специфікації щодо предмета закупівлі, а саме: відсутній технічний паспорт на виріб та інструкції щодо використання, видані виробником (відповідно до додатка № 4 тендерної документації)».

Позиція Скаржника

Позиція Колегії

ТОВ «М» / скаржник не погодився із таким рішенням замовника, адже умовами тендерної документації не було передбачено, що технічний паспорт на виріб та інструкції щодо використання мають бути видані виробником, та звернувся зі скаргою до Колегії.

Тендерна документація не містить окремих вимог щодо порядку оформлення технічних паспортів та інструкцій щодо використання. Враховуючи викладене, тендерна пропозиція скаржника була неправомірно відхилена замовником з наведеної підстави.

Коментар: замовник не має права після аукціону додумувати, які документи учасники повинні були надати та ким вони мають бути видані — виробником або ні. У разі якщо вимога чітко не прописана умовами тендерної документації, то замовник не має права зазначити її як підставу для відхилення. Якщо замовник відхилив тендерну пропозицію учасника через те, що певний документ наданий не виробником, а умовами тендерної документації така умова не передбачалася, учасники з легкістю можуть довести неправомірність дій замовника та відстояти свою позицію у Колегії.

Звертаємо вашу увагу, що 25.06.2021 було підписано Закон України «Про внесення змін до Закону України “Про публічні закупівлі” та інших законів України щодо вдосконалення системи функціонування та оскарження публічних закупівель» від 03.06.2021 № 1530-ІХ, зміни до Закону набрали чинності з 26.06.2021. Зазначені зміни серйозно вплинули на порядок оскарження процедур закупівель, з яким детально можна ознайомитися на порталі RADNUK.COM.UA у статті [«Оскарження процедур закупівель: нові правила з 26.06.2021»](#).

Більше корисної практики Колегії читайте на порталі RADNUK.COM.UA у статтях:

[«Історія однієї тендерної документації, яку оскаржили шість разів»](#);

[«Чотири цікаві рішення АМКУ: забезпечення виконання договору про закупівлю»](#);

[«Практика органу оскарження щодо нецінових критеріїв оцінки»](#);

[«Рішення Колегії щодо оскарження проєкту договору про закупівлю / істотних умов договору про закупівлю»](#);

[«Лист від виробника: правильно чи ні?»](#);

[«Замовник вимагає зразок товару: має право чи ні?»](#);



«Прив'язка замовника до одного виробника: правильно чи ні?»;

«Залежність учасника від третіх осіб: правильно чи ні?».