

Проблема «двох виробників» у скаргах на тендерну документацію

Тендерна документація є фундаментом успішної і конкурентної процедури закупівлі. Водночас часто вона є і центром конфлікту між замовником і учасником, оскільки за результатами розгляду скарг щодо тендерної документації здебільшого встановлюється факт дискримінації учасників або порушення принципів та / або норм [Закону України «Про публічні закупівлі»](#) (далі — Закон).

Окремий блок скарг стосується формування замовником умов технічної специфікації у спосіб, що обмежує можливість запропонувати продукцію щонайменше двох виробників. Якщо документація сформована подібним чином, участь у закупівлі зможе взяти тільки один виробник або його контрагенти. У цій статті розглянемо найпоширеніші твердження щодо оскарження цього питання та розберемо, чим керується Постійно діюча адміністративна колегія Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі — Колегія).

Проблема відсутності міжмарочної конкуренції (конкуренції між принаймні двома виробниками) піднімається **майже у кожній скарзі щодо технічних характеристик товару**. Проте для деяких сфер тенденція до формування обмежуючих вимог має загрозовий характер. Наведемо приклад з медичної сфери.

Приклад

Вимоги до пакування і дозування препаратів, вмісту діючих речовин, супутніх компонентів часто визначаються замовниками так, що у тендері зможуть взяти участь лише учасники, які запропонують продукцію **конкретного** виробника (наприклад, закупівлі № [UA-2020-12-14-007244-с](#), [UA-2020-09-15-000336-b](#) та інші).

Під час розгляду скарг Колегія насамперед намагається знайти для себе відповіді на такі питання:

чи є у скаржника пов'язані з участю у процедурі закупівлі права та інтереси, які було порушено внаслідок рішення, дії чи бездіяльності замовника ?

чи відповідають законодавству у сфері публічних закупівель рішення, дії чи бездіяльність замовника, які оскаржується?

чи дозволяє оскаржувана вимога тендерної документації провести закупівлю з дотриманням принципу недискримінації та добросовісної конкуренції?

Правило двох виробників стосується технічних та якісних характеристик предмета закупівлі. Його мета – дати учасникам реальну можливість конкурувати продукцією різних виробників. Це більш ефективно з точки зору отримання збалансованого за ціною і якістю результату, аніж конкуренція між двома учасниками з однаковою продукцією.

Якщо в сукупності всім технічним та якісним характеристикам, установленим замовником у тендерній документації, відповідає продукція щонайменше двох виробників, представлених в Україні, вимога замовника не є дискримінаційною.

Обов'язково зверніть увагу на словосполучення «в сукупності». Якщо скаржник посилається на те, що технічні вимоги тендерної документації прописані під одного виробника, але при цьому вважає лише окремі технічні характеристики у цих вимогах дискримінаційними, Колегія все одно вивчає можливість запропонувати на закупівлі товар щонайменше двох виробників. Від товару, що пропонується учасником вимагається повна відповідність вимогам документації, тому і вимоги до такого товару перевіряються комплексно – усі технічні та якісні характеристики у сукупності.

Якщо замовник не довів, що всім характеристикам товару, які оскаржує учасник, відповідає продукція двох виробників – Колегія відмовляє у задоволенні скарги.

Два виробники, представлені в Україні, — це два українські виробники?

Існує думка, що два виробники, представлені в Україні, — це два українські виробники. **Така думка хибна.** Закон передбачає, що українські та іноземні виробники беруть участь у закупівлях на рівних умовах, тому і будь-які підходи, які ми застосовуємо, повинні бути рівними.

Якщо не виробник - які гарантії якості і відповідності можуть бути?

Саме замовник вирішує, яку саме продукцію він купуватиме. Замовник визначає потребу. Замовник у подальшому відповідатиме за те, щоб закуплений товар, роботи або послуги були належними та виконали свою функцію. Замовник витрачає на це свої та / або бюджетні гроші. Тому вимоги до підтвердження технічних і якісних характеристик продукції (як і будь-які інші вимоги) повинні бути обмежені тими, які є суттєвими для гарантування можливості учасника виконати умови контракту щодо якого проводиться тендер. Тобто, вимоги мають бути мінімально достатніми для того щоб зокрема встановити технічні та якісні показники продукції.

Додатково пропонуємо переглянути вебінар на тему: Оскарження технічних вимог замовника

Як підтвердити наявність двох виробників?

Методика перевірки наявності принаймні двох виробників є доволі простою. Від замовника вимагається надати інформацію щодо відповідності *всім у сукупності вимогам тендерної документації продукції щонайменше двох виробників у вигляді порівняльної таблиці* (з посиланням на відповідні пункти підтвердних документів), а також підтвердити таку інформацію документами.

Приклад порівняльної таблиці для підтвердження наявності двох виробників

Вимоги* до товару	Характеристики товару виробника № 1	Характеристики товару виробника № 2	Посилання** на підтвердний документ
Вимога 1	Вказати характеристики товару 1	Вказати характеристики товару 1	Вказати назву файлу, назву документа, сторінку, рядок у документі
Вимога 2	Вказати характеристики товару 2	Вказати характеристики товару 2	Вказати назву файлу, назву документа, сторінку, рядок у документі
...

** Вказуються всі без винятку вимоги до товару, які є в тендерній документації*

*** Усі без виключення вимоги мають бути документально підтверджені. Як правило, для такого підтвердження використовуються такі документи виробника, як паспорти, сертифікати, технічні умови тощо.*

Наведемо приклад з практики Колегії, рішення № 16285-р/пк-пз від 16.07.2021, оголошення № [UA-2021-06-10-005977-с](#). Замовник склав порівняльну таблицю та надав підтвердні документи, чим довів можливість запропонувати товар двох виробників, скаргу Колегія не задовольнила.

Рекомендації для замовників

Замовник має чітко зрозуміти потребу, яка має бути задоволена. Апелюючи до Дена Кеннеді, можна сказати, що замовник має купувати речі не заради самих речей, а заради того, що ця річ може дати. Саме концентрація на потребі, яку має задовольнити продукт, дозволить сформувати успішну тендерну документацію. Якщо діяти навпаки і включити в документацію довгий перелік вимог до товару (особливо тих, які прямо не пов'язані з задоволенням ключової потреби), конкурентний потенціал закупівлі знижується.

Формуванню тендерної документації має передувати аналіз ринку (у т. ч. шляхом попередньої ринкової консультації). Цей етап дозволить зібрати документи про характеристики наявних на ринку товарів, а отже, і сформувати проконкурентні вимоги документації.

Рекомендація для учасників

Щодо формування скарги на тендерну документацію, то наразі Закон зобов'язує скаржників подавати докази, що підтверджують наявність у скаржника порушених прав та інтересів. У скаргах щодо «двох виробників» таким доказом може стати документ з техніко-якісними характеристиками товару, який скаржник планує запропонувати у закупівлі.

Успіхів у закупівлях!

Також читайте на порталі [RADNUK.COM.UA](#) такі корисні статті:

«[Відхилення учасника через невідповідність забезпечення тендерної пропозиції / пропозиції умовам замовника](#)»;

«[Оскарження процедур закупівель: нові правила з 26.06.2021](#)»;

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

«[Невичерпне джерело практики АМКУ, треба?](#)»;



«Порівняльна таблиця змін в оскарженні процедур закупівель».