

# Документи, які не передбачені законодавством для учасників

Учасник хоче подати тендерну пропозицію, але виявляється, що він не може виконати вимоги тендерної документації. І не тому, що вони дискримінаційні, а тому, що документи, які вимагає замовник, для діяльності учасника не передбачені законодавством. Що робити у цьому випадку та чи є сенс подавати тендерну пропозицію, розбираємо у статті.

Закон України «Про публічні закупівлі» (далі — Закон) передбачає, що документи, що не передбачені законодавством для учасників — юридичних, фізичних осіб, у тому числі фізичних осіб — підприємців, не подаються ними у складі тендерної пропозиції / пропозиції та не вимагаються під час проведення переговорів з учасником (у разі застосування переговорної процедури закупівлі).

Відсутність документів, що не передбачені законодавством для учасників — юридичних, фізичних осіб, у тому числі фізичних осіб — підприємців, у складі тендерної пропозиції / пропозиції, не може бути підставою для її відхилення замовником.

Щоб правильно розуміти зазначені положення Закону, **учасники повинні розрізняти документи, що не передбачені законодавством, і документи, отримання яких є необов'язковим відповідно до законодавства.** У першому випадку учасник не може отримати документ, а у другому може, але для його діяльності це необов'язково.

## Документи, отримання яких є необов'язковим

Твердження, що учасник на вимогу замовника в тендерній документації може не подавати в тендерній пропозиції документ, необов'язковий для отримання відповідно до законодавства, помилкове.

Найгучніший прецедент з цього питання був у ситуації, коли учасник не подав на вимогу тендерної документації сертифікат, що відповідно до законодавства є необов'язковим для отримання. Замовник цього учасника відхилив, адже тендерна документація вимагала надати такий сертифікат у тендерній пропозиції і ніхто цю умову не оскаржував.

Учасник поскаржився до Органу оскарження і програв, оскільки АМКУ теж обґрунтовував тим, що не виконано вимоги тендерної документації. Учасник з цим не погодився і подав адміністративний позов до суду на рішення Органу оскарження.

Задовольняючи адміністративний позов, суди попередніх інстанцій вказували на відсутність порушення умов тендерної документації з боку учасника, оскільки сертифікат, що вимагався тендерною документацією, не є документом, що передбачений чинним законодавством України як обов'язковий, з огляду на що неподання останнього, в розрізі приписів Закону, не може бути підставою для відхилення тендерної пропозиції учасника публічних закупівель.

Суд обґрунтовував таке рішення тим, що у тендерній документації було вказано, що документи та інформація, які вимагаються замовником відповідно до тендерної документації у складі тендерної пропозиції, але не передбачені чинним законодавством України, не подаються у складі тендерної пропозиції, про що такий учасник повинен зазначити у своїй тендерній пропозиції, включаючи обґрунтування та причини неподання документів та / або інформації. Учасник такий лист надав і, на думку суду першої інстанції та апеляційного суду, цього було достатньо.

Проте, коли справа дійшла до Верховного Суду, рішення попередніх інстанцій було переглянуто і постановою КГС ВС від 29.07.2021 у справі № [910/11972/20](#) відмовлено в задоволенні вимог учасника.

Колегія суддів зазначила, що вказаний лист не свідчить про те, що зазначений вище документ не передбачений чинним законодавством, *оскільки те, що таке виробництво не підлягає обов'язковій сертифікації, не позбавляло позивача можливості отримати зазначений сертифікат у добровільному порядку з тим, щоб дотриматися умов тендеру.*

Крім того, Верховний Суд звертає увагу, що позивач був заздалегідь ознайомлений з умовами тендерної документації та у випадку неможливості виконання зазначених вище умов тендерної документації міг скористатись своїм правом на оскарження цих умов до Органу оскарження чи до замовника.

За таких обставин Верховний Суд погодився з доводами Органу оскарження про те, що тендерна пропозиція учасника не містить копії сертифіката, що є порушенням умов тендерної документації в цій частині.

## **Документи, що не передбачені законодавством**

*Документи, що не передбачені законодавством* — це документи, що не притаманні для учасника та стосовно яких у законодавстві не встановлено прямих вимог обов'язкової наявності в учасника. Наприклад, фізична особа не може мати витяг з Єдиного державного реєстру підприємств та організацій України, а юридична особа не може мати паспорт громадянина України.

Тож, коли йдеться про документи, що законодавством не передбачені для діяльності учасника, слід розуміти, що цей документ учасник не може отримати взагалі.

Найбільш показовий документ із такого переліку— це повна фінансова звітність для учасників, що ведуть спрощену бухгалтерську звітність. Є багато рішень Органу оскарження, що беззаперечно задовольняють вимоги учасників, які були відхилені через ненадання фінансового звіту, що не передбачений для ведення при спрощеній бухгалтерській звітності.

### **Приклад 1**

У закупівлі № [UA-2020-06-01-003576-b](#) Орган оскарження скасував відразу дві підстави для відхилення учасника. Учасник був підприємством, яке за ознаками відноситься до категорії мікропідприємств та веде спрощений бухгалтерський облік.

Відповідно до норм законодавства, такий учасник не складає та не подає звіт про рух грошових коштів, у зв'язку з чим не надає такий документ у складі своєї тендерної пропозиції як такий, що не передбачений чинним законодавством для учасника закупівлі.

На підтвердження фінансової спроможності учасника у складі тендерної пропозиції надано ті документи, які є для учасника документами фінансової звітності.

Окрім вказаного, Орган оскарження зазначив, що реєстрація учасника в Єдиному державному реєстрі юридичних осіб, фізичних осіб — підприємців та громадських формувань відбулась 30.07.2019.

Отже, надати фінансову звітність за три попередні роки у 2020 році є неможливим, у зв'язку з чим надається фінансова звітність учасника за звітний період 2019 рік.

Враховуючи наведене, тендерна пропозиція учасника, що скаржився, була неправомірно відхилена замовником з наведеної вище підстави.

Таким чином, **головна умова для неподання документа, що не передбачений законодавством для діяльності учасника, це неможливість його отримати.**

## А як щодо учасників-нерезидентів?

Повторимось: головна умова для неподання документа, що не передбачений законодавством для діяльності учасника, це неможливість його отримати. Це стосується і вітчизняних учасників, і учасників-нерезидентів. Адже учасники (резиденти та нерезиденти) усіх форм власності та організаційно-правових форм беруть участь у процедурах закупівель / спрощених закупівлях на рівних умовах (частина 2 статті 8 Закону).

Тому, коли замовник вимагає документ, що може бути отриманий тільки зареєстрованим на території України учасником, він повинен, щонайменше, передбачати дії учасників-нерезидентів, які не зможуть отримати і надати такий документ.

### Приклад 2

Для прикладу наведемо справу, що розглядалася у трьох судових інстанціях, за результатами чого остаточне рішення викладено у постанові Шостого апеляційного

адміністративного суду, справа № [826/7683/18](#).

*Замовник (далі — позивач) звернувся до суду з адміністративним позовом до Органу оскарження (далі — відповідач) про визнання протиправним та скасування його рішення про відхилення учасників-нерезидентів, які у тендерній пропозиції на вимогу тендерної документації не надали свідоцтв про визнання Регістром судноплавства України.*

*Рішенням Окружного адміністративного суду м. Києва позов було задоволено повністю.*

Ухвалюючи таке рішення, суд першої інстанції виходив з того, що за умовами тендерної документації **учасник-нерезидент має право не надавати будь-які з документів, передбачених тендерною документацією, якщо наявність такого або аналогічного документа не передбачена законодавством країни реєстрації такого учасника, із наданням відповідних пояснень.**

При цьому суд зазначив, що учасники-нерезиденти (суб'єкти господарювання Румунії) фактично скористалися зазначеним правом, надавши відповідні пояснення про відсутність вимог щодо отримання за законодавством Румунії свідоцтва про визнання Регістром судноплавства України та подавши документи, передбачені законодавством Румунії для цього виду послуг, а саме: сертифікати системи управління якістю ISO 9001:2008.

Не погоджуючись з такою ухвалою суду, відповідач подав апеляційну скаргу, в якій просив скасувати таке рішення та ухвалити постанову про відмову в задоволенні позову, посиляючись на те, що учасниками-нерезидентами (суб'єктами господарювання Румунії) не було подано для участі в тендері свідоцтва про визнання Регістром судноплавства України, які передбачені тендерною документацією, а тому, на думку апелянта, їх тендерні пропозиції мали бути відхилені замовником.

Шостий апеляційний адміністративний суд зазначив, що спеціальним законодавством у галузі публічних закупівель регламентовано вимоги до тендерної документації та окреслено імперативні межі кваліфікаційних критеріїв, у рамках яких замовник наділений диспозитивними (*можливість суб'єктів самостійно упорядковувати (регулювати) свої відносини, діяти на власний розсуд*) повноваженнями щодо встановлення певних вимог до учасників торгів.

Перевіряючи доводи апеляційної скарги, колегія суддів звертає увагу на те, що умовами тендерної документації прямо передбачено право учасника-нерезидента не надавати будь-які з документів, передбачених тендерною документацією, якщо наявність такого або аналогічного документа не передбачена законодавством країни реєстрації такого учасника, із наданням відповідних пояснень.

Водночас, як було правильно встановлено судами попередніх інстанцій, учасники-нерезиденти фактично скористалися зазначеним правом, надавши відповідні пояснення

про відсутність у законодавстві Румунії вимог щодо отримання свідоцтва про визнання Регістром судноплавства України.

Отже, зазначеними учасниками виконано відповідні вимоги тендерної документації.

Ба більше, зазначеними учасниками-нерезидентами замовнику були надані передбачені законодавством Румунії для вказаного виду послуг сертифікати системи управління якістю ISO 9001:2008.

При цьому апеляційний суд зазначає, що сертифікація за стандартами ISO є визнанням відповідності системи менеджменту компанії певним стандартам якості й не відноситься до визнання підприємства класифікаційними товариствами за тими чи іншими технічними критеріями.

Таким чином, надані учасниками-нерезидентами сертифікати є додатково наданими документами, які в сукупності з вищевказаним також підтверджують виконання зазначеними учасниками вимог тендерної документації.

Доводи апелянта про те, що учасниками-нерезидентами не було подано для участі в тендері свідоцтва про визнання Регістром судноплавства України, який передбачений тендерною документацією, а тому, на думку апелянта, їхні тендерні пропозиції мали бути відхилені замовником, апеляційний суд вважає необґрунтованими.

Враховуючи вищевикладене, колегія суддів погодилась з висновками суду першої інстанції щодо протиправності рішення Органу оскарження, необхідності його скасування для відновлення порушеного права позивача та задоволення позову в повному обсязі. У подальшому з цим погодився і Верховний Суд.

## Висновок

Учасники (як резиденти, так і нерезиденти) під час підготовки тендерної пропозиції повинні вивчити вимоги тендерної документації щодо можливості їх виконання в частині отримання потрібних документів. За необхідності вони можуть звернутися до замовника за роз'ясненнями щодо їх дій, коли документ отримати неможливо, а у разі незадовільної відповіді замовника — оскаржити умови тендерної документації до Органу оскарження.

Пам'ятайте: **головна умова для неподання документа**, що вимагається тендерною документацією замовника та який не передбачений законодавством для діяльності учасника, **це неможливість його отримати.**

**Ще більше повчальних статей читайте на порталі [RADNUK.COM.UA](https://radnuk.com.ua):**

**[«Щодо підпису документів тендерної пропозиції»;](#)**

**[«Добірка оскаржень переговорної процедури закупівлі»;](#)**



«Вимога щодо замороження активів: правильно чи ні?»;

«Субпідрядник та співвиконавець: тотожні поняття або ні?»;

«Динамічна або тверда ціна: як правильно?»;

«Лист від виробника: правильно чи ні?»;

«Вимога замовника щодо надання довідки з Генпрокуратури: правильно чи ні?»;

«Документи переможця надані особисто замовнику: правильно чи ні?»;

«Один субпідрядник у двох учасників: правильно чи ні?».