

Хай все буде «прозоро», або Чому поняття «конкурсний відбір» варто уникати в тендерній документації

Доволі розповсюджена вимога замовника щодо визначення аналогічних договорів про закупівлю: аналогічними договорами про закупівлю в розумінні документації є договори, які укладені із замовниками за результатами конкурсного відбору або інформація про які є в публічному доступі. Що не так із цією вимогою, з'ясуємо далі.

Захищаючи подібну вимогу, майже всі замовники дослівно надають одну й ту саму аргументацію: «із законів України „Про здійснення державних закупівель“ та „Про публічні закупівлі“ під поняттям „конкурсний відбір“, як і під поняттям „публічне розміщення інформації про укладені аналогічні договори“ **не мається на увазі, що це повинні бути договори виключно із бюджетними установами або за наслідками процедур закупівель.**

В Україні, як і за кордоном, окрім системи електронних публічних закупівель „Prozorro“ створена ціла мережа торгових бірж, комерційних майданчиків, публічних аукціонів, конкурсів та інших відборів, що досить ефективно використовується, зокрема, комерційними (приватними) підприємствами для відбору постачальників продукції саме з метою забезпечення конкурентного середовища та максимальної економії при закупівлях та продажах.

Здебільшого інформація про такі конкурси, як і про правочини, за результатами яких укладаються договори, є в публічному доступі. Тобто отримання такої інформації або посилання на конкурсний відбір є абсолютно недискримінаційним та таким, що не обмежує участі у закупівлі добросовісних постачальників.

Разом з тим такі вимоги запобігають участі у закупівлях тих суб'єктів господарювання, які є „непрозорими“ у своїй діяльності та звикли вирішувати питання ведення своєї господарської діяльності у не публічний, а отже, прихований спосіб, що, у свою чергу, може містити ознаки корупційних дій».

А чи дійсно, як стверджують замовники, інформація про конкурси та правочини в комерційних закупівлях доступна всім? Далеко не завжди.

Наприклад, цитата з Регламенту використання одного з електронних майданчиків:

Рівень доступу до закупівлі. Замовник має право в залежності від власних потреб визначити рівень доступу до закупівлі:

Відкрита закупівля — взяти участь, побачити оголошення про закупівлю, результати аукціону та обраного замовником переможця можуть всі учасники, які є

зареєстрованими користувачами майданчика;

Закупівля без публікації результатів — взяти участь можуть усі учасники, які є зареєстрованими користувачами майданчика, проте результати бачить лише замовник, оголошення про закупівлю є доступним до завершення прийому пропозицій, після цього всі дії щодо цієї закупівлі будуть доступні лише для замовника;

Участь за запрошенням — взяти участь та побачити оголошення про закупівлю можуть лише обрані замовником учасники. Закупівля не відображається на майданчику, учасники не отримують доступ до даних інших учасників — інформація доступна лише замовнику.

Публікація договору. Після укладання договору з учасником, який був визнаний переможцем, замовник має право опублікувати інформацію про договір. Замовник має право додати текст договору у вигляді вкладених файлів.

Як бачимо, не все так прозоро, як стверджують замовники. **То чи доцільно встановлювати подібну вимогу?** Відповімо за допомогою прикладів рішень Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі — Колегія).

Приклад 1



Рішення № 5629-р/пк-пз від 22.03.2021, оголошення № [UA-2021-02-26-000993-b](#).

Вимога тендерної документації: аналогічним вважається договір, який відповідає конкретній назві або назві предмета закупівлі, викладений замовником та доступний для перевірки у системі Prozzoro.

Позиція скаржника: Законом не передбачено права замовника звужувати визначення аналогічних договорів до договорів, що оприлюднюються у системі електронних закупівель та викладаються замовниками.

Таким чином, скаржник, який має договір поставки, який відповідає конкретній назві предмета закупівлі за даною процедурою, але укладений та виконаний із суб'єктом господарювання, **а не з замовником в розумінні Закону України «Про публічні закупівлі»**, не може взяти участь у даній процедурі закупівлі, що є дискримінаційним щодо скаржника та інших учасників.

Позиція Колегії: за таких умов участь у процедурі закупівлі зможуть взяти лише учасники, які мають у наявності або зможуть надати договір, який відповідає конкретній назві або назві предмета закупівлі, викладений саме замовником та доступний для перевірки саме у системі Prozzogo, що є дискримінаційним щодо інших суб'єктів господарювання, у тому числі скаржника. Враховуючи вищевикладене, **замовник повинен усунути наведені вище невідповідності** шляхом внесення відповідних змін до документації в цій частині.

Приклад 2



Рішення № 1317-р/пк-пз від 26.01.2021, оголошення № [UA-2020-12-23-004045-а](#).

Вимога тендерної документації: аналогічними договорами в розумінні цієї документації є договори, що укладені із замовниками (контрагентами) за результатами конкурсного відбору або інформація про них розміщена у публічному доступі. Учасники закупівлі повинні документально підтвердити факт проведення конкурсного відбору, за яким були укладені договори, що пропонуються до вивчення в рамках цієї закупівлі як аналогічні договори, або здійснити посилання на публічне розміщення інформації про укладені аналогічні договори.

Позиція скаржника: така вимога дискримінує учасників ринку, у тому числі скаржника, які мають аналогічні договори за предметом закупівлі, але які укладені не за результатами конкурсного відбору, або інформація щодо яких розміщена в публічному доступі.

Позиція Колегії: замовник не обґрунтував необхідність встановлення в документації наведеної вище вимоги документації у вказаній редакції, а також не спростував інформацію, наведену скаржником у скарзі.

З огляду на наведене, взяти участь у процедурі закупівлі зможуть суб'єкти

господарювання, які зможуть надати довідку про досвід виконання аналогічного договору *саме за результатами конкурсного відбору*, що є дискримінаційним щодо інших суб'єктів господарювання, у тому числі скаржника. Враховуючи вищевикладене, **замовник повинен усунути наведені вище невідповідності** шляхом внесення відповідних змін до документації в цій частині.

Приклад 3



Рішення № 16755-р/пк-пз від 04.09.2020, оголошення № [UA-2020-07-28-009938-с](#).

Вимога тендерної документації: учасник повинен підтвердити повне виконання не менше ніж трьох аналогічних договорів шляхом подання відповідних підтвердних документів, що визначені цією документацією, а також кожен з таких договорів має бути укладений із суб'єктом, який є замовником у розумінні пункту 11 частини 1 статті 1 Закону (у період дії з 19.04.2020, або який є замовником у розумінні пункту 9 частини 1 статті 1 Закону в період дії до 19.04.2020), та інформація про укладення кожного з яких міститься в електронній системі закупівель.

Позиція скаржника: вимога про надання договорів із попередніми замовниками та за результатом проведення конкурсного відбору дискримінує ТОВ «Г», оскільки воно має досвід виконання аналогічних договорів, однак досвід набутий при виконанні договорів, укладених *не за результатами процедур закупівель та не із замовниками в розумінні Закону*.

Враховуючи вимоги документації, виконати зазначену умову документації зможуть лише ті учасники, у яких є досвід виконання двох договорів, укладених із замовником у розумінні Закону, що є дискримінаційним щодо суб'єктів господарювання, у тому числі ТОВ «Г».

Позиція Колегії: взяти участь у процедурі закупівлі зможуть ті суб'єкти господарювання, які мають аналогічний досвід виконання робіт, передбачений документацією, зокрема, із замовниками в розумінні Закону, що є дискримінаційним щодо інших суб'єктів господарювання, зокрема скаржника.

Враховуючи вищевикладене, замовник повинен усунути наведені вище невідповідності шляхом внесення відповідних змін до документації в цій частині.

Коментар: вимога щодо визначення договорів про закупівлю аналогічними, якщо вони укладені за результатами конкурсного відбору або інформація про них є в публічному доступі, як свідчить практика, є дискримінаційною. Дуже нагадує завуальовану вимогу про аналогічні договори з бюджетними установами.

Тому радимо учасникам впевнено звертатися до замовника з метою внесення змін до тендерної документації та / або оскаржувати такі вимоги до органу оскарження. Одночасно замовникам радимо не забувати про принципи здійснення публічних закупівель та недискримінацію учасників.

Більше за темою на порталі [RADNUK.COM.UA](https://radnuk.com.ua):

[«Дискримінаційні вимоги при закупівлі послуг харчування: практика Органу оскарження»;](#)

[«Замовник установив параметр, який не відповідає ДСТУ: практика АМКУ»;](#)

[«Має право замовник вимагати паспорт засновника або ні?»;](#)

[«Скарги та докази скаржників починаючи з 26.06.2021: практика АМКУ».](#)