

Вимога про надання аналогічного договору із замовником у розумінні закону про закупівлі — дискримінація?

Питання читача

Добрий день. У тендері, в якому ми плануємо брати участь, міститься вимога про надання аналогічного договору із замовником у розумінні Закону України «Про публічні закупівлі». Чи є така вимога законною, адже ми не зможемо виконати її, оскільки жодного разу не брали участі в тендері?

Відповідь

Вітаю. Згідно зі статтею 16 [Закону України «Про публічні закупівлі»](#) (далі — Закон) замовник вимагає від учасників процедури закупівлі подання ними документально підтвердженої інформації про їх відповідність кваліфікаційним критеріям.

Про типові дискримінаційні вимоги замовника за статтею 16 Закону читайте на порталі RADNUK.COM.UA у статті [«9 типових дискримінаційних вимог замовника. Стаття 16 Закону»](#).

Одним із критеріїв згідно зі статтею 16 Закону є наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного (аналогічних) за предметом закупівлі договору (договорів).

Відповідно до пункту 6 частини 1 статті 1 Закону договір про закупівлю — господарський договір, що укладається між замовником і учасником за результатами проведення процедури закупівлі / спрощеної закупівлі та передбачає платне надання послуг, виконання робіт або придбання товару.

Однак чинне законодавство не містить поняття «аналогічний договір». Тому замовники можуть у кожному конкретному випадку самостійно визначати вимоги до цього кваліфікаційного критерію, враховуючи законодавчі норми, Порядок визначення предмета закупівлі згідно з наказом Мінекономіки від [15.04.2020 № 708](#) і предмет закупівлі.

Водночас у законодавстві не міститься норм, які дозволяють замовнику встановлювати вимоги щодо підтвердження аналогічного досвіду виключно договорами, укладеними із замовниками за наслідками процедури публічної закупівлі. Отже, встановлення такої вимоги може бути трактоване Органом оскарження як дискримінаційна умова щодо тих учасників, які не мають відповідного досвіду.

Далі розглянемо рішення Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі — Колегія), яке підтверджує таку думку.



Рішення № 24455-р/пк-пз від 28.10.2021, оголошення № UA-2021-09-30-002524-с.

Умови тендерної документації: згідно з додатком 1 до тендерної документації учасником надається довідка про виконання учасником аналогічних договорів, яка має містити таку інформацію:

реквізити договору (№ та дата укладення);

предмет договору, клас наслідків (відповідальності) / категорія складності об'єкта будівництва;

найменування замовника робіт, адреса, ЄДРПОУ, контактний телефон;

строк виконання робіт (початок, закінчення);

ідентифікатор закупівлі на вебпорталі Уповноваженого органу, за результатом якої було укладено аналогічний договір.

Аналогічним вважається договір генерального підряду на виконання робіт з капітального ремонту та / або реконструкції медичних закладів, які є замовниками у розумінні Закону, укладений учасником протягом 2018–2021 років та виконаний у повному обсязі.

Позиція скаржника: скаржник зазначає, що вимога тендерної документації, щоб досвід виконання аналогічного договору учасником був підтверджений копіями договорів, укладених з замовниками у розумінні Закону, є дискримінаційною і такою, що усуває скаржника від участі у цій закупівлі.

Скаржник має досвід виконання договорів на ремонт будівель, однак такі договори були виконані на замовлення юридичних осіб приватного права поза межами процедури

закупівлі.

Позиція замовника: замовник зазначає, що скаржник надав на розгляд Колегії договори, укладені у 2016 році на виконання робіт приміщень, які не відносяться до медичних закладів.

Тобто, всупереч зазначеним вище вимогам Закону, скаржником не було надано жодного доказу, не наведено жодної обставини чи аргументу, які б підтверджували, що вимога щодо підтвердження досвіду виконання аналогічного договору порушує саме його права як потенційного учасника закупівлі. Скаржником не надано жодного документа, який би встановлював наявність в учасника відповідного досвіду виконання аналогічних договорів саме з 2018 року по сьогодні та саме виконання робіт з капітального ремонту медичних закладів.

Крім того, замовником було враховано специфіку, очікувану вартість, перелік робіт і важливість цієї закупівлі при встановленні вищезазначеного критерію.

Враховуючи, що предметом закупівлі є капітальний ремонт медичного закладу, який буде виконуватися за бюджетні кошти, з метою підтвердження наявності в учасників аналогічного досвіду саме щодо робіт, передбачених цією закупівлею (враховуючи, зокрема, обсяги закупівлі та бюджетне фінансування виконання робіт), замовником встановлено вимоги до наявності досвіду, які відповідають предмету даної закупівлі.

Позиція Колегії: замовник не обґрунтував необхідності встановлення у тендерній документації наведеної вимоги у вказаній редакції.

Взяти участь у процедурі закупівлі зможуть суб'єкти господарювання, які мають аналогічні договори на виконання робіт з капітального ремонту та / або реконструкції саме медичних закладів, які є замовниками у розумінні Закону, що є дискримінаційним щодо інших суб'єктів господарювання, у тому числі скаржника.

Частиною 1 статті 5 Закону визначено, що закупівлі здійснюються, зокрема, за принципом недискримінації учасників, відкритості та прозорості на всіх стадіях закупівель. Згідно з частиною 4 статті 5 Закону замовники не мають права встановлювати жодних дискримінаційних вимог до учасників.

Коментар: вимога про підтвердження наявності аналогічного договору із замовником у розумінні Закону є дискримінаційною, оскільки суперечить такому принципу здійснення закупівель як недискримінація учасників та обмежує участь у закупівлі учасників, які не мають відповідного досвіду. Такої ж позиції дотримується Колегія, яка в таких випадках зобов'язує замовників вносити зміни в тендерну документацію.

Ще більше про аналогічні договори читайте на порталі RADNUK.COM.UA у статтях:

[«Поняття "аналогічний договір" у закупівлях»;](#)

[«Чи правомірно встановлювати вимогу щодо наявності 3 аналогічних договорів, що](#)



укладені із замовниками (контрагентами) за результатами конкурентного відбору»;

«Аналогічний договір: 11 вимог та неухважність замовника».

Додатково пропонуємо переглянути вебінар на тему: Кваліфікаційні критерії за статтею 16 Закону України «Про публічні закупівлі»