

Чи правомірно зазначати в ТД поняття «гірший товар»? Практика АМКУ

Пропонуємо до розгляду практику Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі — Колегія) щодо питання правомірності встановлення в тендерній документації такого поняття, як «гірший товар».



Рішення № 25630-р/пк-пз від 15.11.2021, оголошення № [UA-2021-10-22-006520-a](#)

Вимога тендерної документації: в додатку № 4 тендерної документації містяться вимоги щодо контейнерів пластикових для збору твердих побутових відходів 240 літрів. У разі надання тендерної пропозиції на еквівалент предмета закупівлі учасник повинен вказати технічні характеристики запропонованого еквівалента з обов'язковим відображенням характеристик у порівняльній таблиці. Усі технічні характеристики запропонованого товару повинні бути не гіршими, ніж у замовленому товарі.

Гірший товар (товар гіршої якості) — товар, технічні і якісні характеристики якого є меншими, більшими, значно відрізняються в бік погіршення (не відповідає, має значні розбіжності (колір, вага, товщина, розміри, відсутні подвійні ребра жорсткості на кожній стінці по всій висоті корпусу контейнера, відсутні стільникові підсилювачі, відсутня суцільна вбудована ручка) і т. ін.) тощо, ніж встановлено у тендерній документації, тобто погіршують якість товару та його властивості.

Позиція скаржника: ця умова є дискримінаційною, такою, що призводить до обмеження конкуренції між учасниками, та такою, що порушує норми статті 5 [Закону України «Про публічні закупівлі»](#) (далі — Закон). Зазначене пояснюємо так. Замовник, надаючи власне визначення поняття, що вважається «гіршим товаром», порушив норми чинного законодавства.

Визначення «гіршого товару», надане замовником у Додатку № 4, не має жодного технічного сенсу, а лише є умовою, за якої здійснюватиметься відхилення тендерних пропозицій учасників, що призведе до закупівлі з порушенням норм чинного законодавства.

При повному або частковому копіюванні чи цитуванні будь-якої інформації з порталу "Радник у сфері публічних закупівель" ви зобов'язані вказувати джерело інформації (ст. 176 ККУ). Джерело:

<https://radnuk.com.ua/uchast-u-zakupivliakh/praktika-oskarzhennja-uchast-u-zakupivliakh/chy-pravomirno-zaznachaty-v-td-poniattia-hirshyj-tovar-praktyka-amku/>

Із зазначеного випливає, що потенційний учасник, який має можливість запропонувати якісний товар (якість якого підтверджується міжнародними сертифікатами RAL (або еквівалентними сертифікатами)), проте з дещо іншими технічними характеристиками, ніж зазначено замовником, не має можливості взяти участь у цій закупівлі. Оскільки він не може зазначити технічні характеристики інші, ніж вказав замовник, та обмежений у можливості запропонувати «еквівалент», адже конкретизація вимог щодо еквівалента призводить до того, що учасник має право пропонувати товар, який чітко відповідає вимогам, що зазначені у Додатку № 4.

З визначення «гірший товар, товар гіршої якості» випливає, що тендерна пропозиція учасника, в якій зазначено, що розміри контейнера дещо відрізняються від вказаних замовником, підлягає відхиленню через її невідповідність умовам тендерної документації. Тендерна пропозиція учасника, в якій зазначено, що ребра жорсткості не на всю довжину стінки, буде відхилена. Тобто запропонований учасником еквівалент розмірів (навіть у випадку, коли різниця між запропонованими розмірами і розмірами, які встановив замовник, становитиме 1 мм) вважатиметься невідповідним тендерній документації, та тендерна пропозиція буде відхилена. Хоча насправді товар з іншими розмірами не можна вважати товаром гіршої якості.

Якщо запропонований учасником товар має значні відмінності, це ще не надає замовнику можливості вказувати, що такий товар є товаром гіршої якості. Зауважимо, що технічні характеристики товару можуть бути і в іншому виконанні, проте товар буде якісним і використовуватиметься протягом тривалого часу. Пояснюємо це так: розміри контейнера визначаються стандартом EN 840-1 (на який також є посилання у Додатку № 4). На ринку можуть бути контейнери з різними розмірами, але всі вони повинні бути виконані в межах стандарту. Це необхідно для того, щоб спецтехніка мала змогу їх експлуатувати.

Отже, з цього випливає, що і контейнери з розмірами, які вимагає замовник, і контейнери, які маємо змогу запропонувати ми (розміри яких дещо відрізняються від вказаних замовником, проте відповідають стандарту EN 840-1), належним чином експлуатуються сміттєвозами та використовуються для тих цілей, які передбачені замовником.

Тобто відхилення від зазначених розмірів жодним чином не впливає на якість контейнерів. Та запропонований товар аж ніяк не може вважатися товаром гіршої якості. Зважаючи на зазначене, наше підприємство, маючи змогу запропонувати якісні контейнери, які відповідають стандарту EN 840-1, позбавлене можливості запропонувати «еквівалент» розмірів, ребер жорсткості контейнера через дискримінаційні вимоги, встановлені замовником.

Позиція замовника: визначення поняття «гіршого товару» надає можливість учасникам реально оцінити потребу замовника та надати тендерну пропозицію на товар, який задовольнить цю потребу у повному обсязі, за що учасник отримує оплату з бюджетних коштів. Придбання гіршого товару є недопустимим при здійсненні закупівель для забезпечення потреб громади. Враховуючи, що чинним законодавством не визначено поняття «гіршого товару», замовник має право визначати це поняття на власний розсуд.

При повному або частковому копіюванні чи цитуванні будь-якої інформації з порталу "Радник у сфері публічних закупівель" ви зобов'язані вказувати джерело інформації (ст. 176 ККУ). Джерело:

<https://radnuk.com.ua/uchast-u-zakupivliakh/praktika-oskarzhennja-uchast-u-zakupivliakh/chy-pravomirno-zaznachaty-v-td-poniattia-hirshyj-tovar-praktyka-amku/>

Поняття «гіршого товару» надає потенційним учасникам чітке розуміння тих технічних характеристик, які є важливими. Кожна технічна вимога замовника має технічне обґрунтування, а визначення «гіршого товару» обґрунтоване досвідом та особливостями експлуатації аналогічної продукції.

Позиція Колегії: тендерна документація замовника не містить визначення терміну «не гірші», що дає можливість замовнику тлумачити це положення, застосовуючи суб'єктивні критерії оцінки на власний розсуд, що в подальшому може стати підставою для відхилення тендерної пропозиції учасника з незалежних від нього підстав, що є дискримінаційним щодо таких суб'єктів господарювання, у тому числі скаржника.

Дії замовника в частині встановлення у тендерній документації наведених вище вимог порушують вимоги частини 4 статті 5 та частини 4 статті 22 Закону, якими передбачена недискримінація учасників, а також права та законні інтереси скаржника, пов'язані з його участю у процедурі закупівлі, та принципи недискримінації учасників, відкритості та прозорості на всіх стадіях закупівель, передбачені частиною 1 статті 5 Закону. Враховуючи вищевикладене, замовник повинен усунути наведені вище невідповідності шляхом внесення відповідних змін до тендерної документації в цій частині.

Коментар: відповідно до частини 4 статті 5 Закону замовники не мають права встановлювати жодних дискримінаційних вимог до учасників, тому учасникам у подібних випадках слід оскаржувати такі умови тендерних документів до Колегії, а замовникам врахувати практику Колегії щодо встановлення таких вимог.

Більше статей за темою на порталі RADNUK.COM.UA:

[«У сертифікаті якості не зазначено всіх технічних параметрів»;](#)

[«Приклад обґрунтування технічних, якісних характеристик очікуваної вартості закупівлі паперу»;](#)

[«Щодо встановлення вимог технічних характеристик предмета закупівлі»;](#)

[«Технічна специфікація і варіанти її сприйняття учасниками».](#)