

ГАРАНТІЙНИЙ ЛИСТ ВІД ВИРОБНИКА: ДИСКРИМІНАЦІЯ ЧИ НІ?



ТЕТЯНА РУДЕНКО — консультант із питань публічних закупівель, координатор центру реагування на порушення у сфері медичних закупівель міста Києва та Київської області



Розповідаємо про позицію АМКУ щодо встановлення замовником у тендерній документації вимоги надати гарантійний лист від виробника

Скорочення:

- Закон України «Про публічні закупівлі» – Закон
- Гарантійний/авторизаційний лист – гарантійний лист
- Тендерна документація – ТД
- Антимонопольний комітет України – АМКУ
- Постійно діюча адміністративна колегія АМКУ з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель – Орган оскарження

На сьогодні поширеним стало застосування замовниками вимоги до учасників надати гарантійні листи від виробників (представників, представництв, філій виробника).

Тож у статті розглянемо випадки встановлення такої вимоги замовниками у ТД і рішення АМКУ щодо їхньої законності.

Коли ТД містить вимогу надати гарантійний лист

Замовники вимагають від учасників гарантійні листи для кожної процедури закупівлі. Здебільшого для учасника, який вперше бере участь у закупівлях, така вимога може створити перешкоди в участі.

У гарантійних листах має бути підтвердження поставки товару, що є предметом закупівлі, і зазначено відповідну кількість товару та строк його придатності.

Також гарантійні листи можуть включати:

- ✓ номер оголошення про проведення відкритих торгів
- ✓ назву предмета закупівлі згідно з оголошенням

✓ назву замовників, інформацію щодо строків здійснення поставок.

Однак слід зазначити, що ТД не повинна містити вимог, які обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників (ч. 4 ст. 22 Закону). Тобто Закон прямо забороняє замовникам встановлювати дискримінаційні вимоги до учасників.

Вимога надати гарантійний лист від виробника, його представництва чи філії значно зменшує коло потенційних учасників, тому що сам виробник може і не надати такого листа. Виробники або їхні представництва на власний розсуд вирішують, яким учасникам надавати гарантійні листи, а яким – відмовити.

ТД, в якій є вимога про надання гарантійного листа, не дає можливості взяти участь у процедурах закупівлі учасникам, які:

✓ не є виробниками предмета закупівлі та/або їхніми представництвами;

✓ не мають безпосередніх договірних відносин із виробниками та/або їхніми представництвами.

Учасник може, наприклад, уже мати в наявності товари, що є конкретним предметом закупівлі, щодо якого є вимога надати гарантійний лист, або ж після оголошення переможцем закупити товар у постачальника. У такому разі потреби в отриманні учасником гарантійного листа немає.

Зауважимо, що навіть отримання від учасника гарантійного листа не означає, що товар буде якісним, а зобов'язання за договором виконані. Адже підтвердженням відповідності пропозиції учасника – технічним, якісним, кількісним вимогам, є:

- ✓ сертифікат відповідності товару
- ✓ інструкція з використання
- ✓ висновки про якість тощо.

Зауважимо, що вимога про надання гарантійного листа створює нерівноцінні умови для суб'єктів господарювання, фактично обмежує конкуренцію і, як наслідок, може призвести до підвищення ціни на товар.

Отже, вимога в ТД про надання гарантійного листа, яким учасник має підтвердити поставку товару, може вважатись дискримінаційною.

Слово за Органом оскарження

Проаналізуємо практику АМКУ щодо питання визначення замовником у ТД вимоги надати учасником гарантійний лист.

В окремих зі своїх рішень (№ 6121-р/пк-пз – 6124-р/пк-пз від 22.06.2018) Орган оскарження дійшов висновку, що такі дії замовника порушують вимоги частини третьої статті 5 та частини четвертої статті 22 Закону, якими передбачена недискримінація учасників. А також порушують права та законні інтереси скаржника, пов'язані з його участю у процедурі закупівлі, і принципи недискримінації учасників, відкритості та прозорості на всіх стадіях закупівель, передбачені статтею 3 Закону.





Як результат, Орган оскарження зобов'язав замовника усунути невідповідність у ТД шляхом внесення відповідних змін до неї.

Замовник має розуміти, що, прописавши вимогу, він свідомо затягує строки проведення своєї ж процедури закупівлі.

В іншому рішенні (№ 4460-р/пк-пз від 11.05.2018) Орган оскарження зробив висновок, що для задоволення скарги були відсутні підстави.

Так, у ТД передбачалось, що учасник має підтвердити спроможність поставити товар оригіналом листів авторизації від виробника. У разі, якщо товар не виробляють на території України – листом авторизації від представника товаровиробника в Україні. Інформацію щодо представництва підтверджують документально у складі тендерної пропозиції офіційним документом від товаровиробника. Учасник також підтверджує повноваження на продаж (реалізацію) товару в Україні в кількості, якості та у терміни, визначені

замовником, за номером закупівлі, що опублікована в електронній системі Prozorro.

Замовник у своїх поясненнях по суті скарги зазначав, що така вимога встановлена з метою уникнення постачання фальсифікованих медичних препаратів і запобігання поставкам неякісних та неоригінальних (підроблених) лікарських засобів чи постачання не в повному обсязі. Замовник вважає, що це буде гарантією вчасної поставки продукції. Замовник також зазначив, що скаржник тривалий час займається реалізацією фармацевтичної продукції, і отримати гарантійні листи авторизації від підприємств - виробників чи їхніх представництв (дистриб'юторів) в Україні для нього не буде проблемою.

У цій справі учасник лише подав скаргу, але не надав підтвердження договірних відносин з виробником та листів-звернень до нього з проханням надати гарантійного листа, і документально не підтвердив неможливість виконання вимоги ТД щодо надання гарантійного листа. Чим не зумів до-



вести та документально підтвердити необхідність внесення змін до ТД у частині надання листа авторизації та не довів порушення своїх прав і законних інтересів.

Закон передбачає, що скарга, подана до Органу оскарження, має містити обґрунтування наявності порушених прав та охоронюваних законом інтересів з приводу рішення, дії чи бездіяльності замовника, що суперечать законодавству у сфері публічних закупівель і внаслідок яких порушено право чи законні інтереси такої особи.

До скарги додають:

✓ документи та матеріали в електронній формі (зокрема, у вигляді файлу формату pdf), що підтверджують порушення процедури закупівлі або неправомірність рішень, дій чи бездіяльності замовника,

✓ документ про здійснення оплати за подання скарги до органу оскарження.

Тож для того, аби рішення Органу оскарження було винесено на користь учасника, коли його права дійсно порушені вимогою щодо надання гарантійних листів, рекомендуємо дотримуватись вимог, встановлених законодавством, і подавати скарги з обґрун-

туванням та надавати документи, які підтверджують порушення замовником законодавства у сфері закупівель.

Тож для того, аби рішення Органу оскарження було винесено на користь учасника, коли його права дійсно порушені вимогою щодо надання гарантійних листів, **рекомендуємо дотримуватись** вимог, встановлених законодавством, і подавати скарги з обґрунтуванням та надавати документи, які підтверджують порушення замовником законодавства у сфері закупівель.

Що ж стосується замовників, **рекомендуємо не встановлювати в ТД** вимогу щодо надання гарантійних листів. І важливо розуміти, що практика вже довела – така вимога не допоможе уникнути постачання неякісних товарів, не в повному обсязі чи не вчасно. Пам'ятайте, **ТД не має містити вимог**, які обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників.