

АНАЛОГІЧНІ ДОГОВОРИ, КОЛИ ВИМОГА ПРО НИХ Є ЗАКОННОЮ: ПОГЛЯД АМКУ



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


Продовжуємо аналізувати рішення АМКУ щодо аналогічності договорів. Нагадаємо, в №1(7)/2019 ми розповіли, в яких випадках вимога замовника надати аналогічний договір може стати порушенням законодавства.

Так, відповідно до статті 16 Закону, замовник вимагає від учасників подати документально підтверджену інформацію про їхню відповідність кваліфікаційним критеріям.

Замовник установлює один або кілька з таких кваліфікаційних критеріїв, це наявність:

- обладнання та матеріально-технічної бази;
- працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід;
- документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного договору.

У статті розглянемо останній. Іноді замовник визначає його так, аби підтверджуючі документи учасника про нього дали повну картину і впевненість у досвіді виконання аналогічного договору. Але чи завжди вимоги замовника є законними та які з них можуть стати об'єктом оскарження в АМКУ?



Розглядаємо випадки, коли, на думку учасника, замовник зловживає своїм правом щодо встановлення кваліфікаційного критерію. Та проаналізуємо правильність доведення замовником необхідності встановлення його в ТД

Скорочення

- Закон України «Про публічні закупівлі» від 25.12.2015 №922-VIII – Закон
- Антимонопольний комітет України – АМКУ
- Постійно діюча адміністративна колегія АМКУ з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель – Орган оскарження, Колегія АМКУ
- Тендерна документація – ТД
- Тендерна пропозиція – ТП



ПРИКЛАД № 1

(рішення Колегії АМКУ від 28.03. 2018 №2848)

Позиція скаржника

Повідомив про наявність дискримінаційної вимоги замовника надати у складі ТД довідку про виконання аналогічних договорів за останній календарний рік разом із нотаріально завіреними копіями договорів (не менше восьми виконаних договорів окремо для вугілля та торфобрикету). А також відгуки від замовників про повне виконання вказаних у довідці договорів. Кількість поставленого товару за цей період повинна бути не меншою за кількість, що закуповує замовник. Отже, коло потенційних учасників звужено до тих, хто має 8 виконаних договорів за 2017 рік окремо – вугілля та торфобрикет.

Позиція замовника

Зазначив, що визначаючи достатній досвід у виконанні аналогічних договорів виходить зі специфіки товару (послуги), враховуючи ризики зриву поставок та неналежного виконання договору, збитки, які можуть бути завдані державі та кінцевим споживачам. Тому замовник оцінює ефективність роботи самого постачальника та ефективність і стабільність його

співпраці при виконанні договорів із кожним з контрагентів, а не тільки з одним.

Позиція Органу оскарження

Замовник не довів та документально не підтвердив необхідності встановлення вимоги щодо обов'язковості надання підтвердження досвіду виконання аналогічних договорів за останній календарний рік разом із нотаріально завіреними копіями договорів (не менше восьми виконаних договорів окремо щодо вугілля та окремо щодо торфобрикету). Замовника зобов'язано внести зміни до ТД.

ПРИКЛАД № 2

(рішення Колегії АМКУ від 30.08.2018 №8938)

Позиція скаржника

Вимогу замовника надати довідку у довільній формі про досвід виконання аналогічного договору з надання послуг у сфері рослинництва за 2015 та/або 2016 рік вважає дискримінаційною. Адже таким чином надано перевагу підприємствам, які набули досвіду виконання аналогічних договорів у певний період, та обмежено доступ до участі в тендері підприємствам, що набули такого досвіду у 2017-2018 роках.



ПРАКТИКА ОСКАРЖЕНЬ

**Позиція замовника**

У своїх поясненнях зазначив, що вимога щодо надання довідки про досвід виконання аналогічного договору за 2015 та/або 2016 рік ґрунтується на тому, що на момент оприлюднення оголошення про закупівлю у потенційних учасників ще не могло бути документів, підтверджуючих виконання договорів за 2017 рік, оскільки роботи щодо збирання врожаю озимих культур ще тривали. Тому учасникам і було запропоновано надати довідки за 2015 та/або 2016 роки. Наявність в учасника підтверджуючих документів успішного виконання аналогічних договорів за 2017 рік замовник не буде вважати невідповідністю кваліфікаційним критеріям.

Позиція Органу оскарження

Виконати наведену вище умову ТД зможуть лише ті суб'єкти господарювання, які мають досвід виконання аналогічних договорів виключно у 2015 та/або 2016 роках, що є дискримінацією щодо інших суб'єктів господарювання, скаржника зокрема.

Пояснення замовника щодо можливості надання договору за 2017 рік суперечать умовам ТД, у якій не перед-

бачено такої можливості. Отже, Замовник має внести відповідні зміни до ТД.

ПРИКЛАД № 3

(рішення Колегії АМКУ від 12.03.2018 №2155)

Позиція скаржника

Повідомив, що вимога замовника надати копію аналогічного договору з бюджетною установою, строк дії якого вичерпано, та відгук бюджетної організації про якість надання послуг, є дискримінаційною. Замовник безпідставно обмежив коло потенційних учасників, вказавши необхідність досвіду роботи з бюджетними установами чи організаціями. При цьому учасники, які мають досвід виконання аналогічних договорів з контрагентами з небюджетної сфери, не змогли взяти участь в оскаржуваній закупівлі.

Позиція замовника

Зазначив, що на ринку надавачів послуг із харчування дітей працює значна кількість як юридичних осіб, так і фізичних осіб-підприємців.

На думку замовника, зазначена вимога дає можливість оцінити наявність в учасника досвіду роботи в бюджетній сфері, знання та дотримання вимог

бюджетного законодавства під час виконання такого договору.

Позиція Органу оскарження

На засіданні Колегії АМКУ скаржник зазначив, що має досвід виконання договорів, укладених з приватними дитячими садками.

Замовник не довів та документально не підтвердив необхідності встановлення вимоги щодо обов'язковості надання документального підтвердження досвіду виконання аналогічного договору саме з бюджетною установою. Замовника зобов'язано внести зміни до ТД.

ПРИКЛАД № 4

(рішення Колегії АМКУ від 15.05.2018 № 4581)

Позиція скаржника

Не погодився із встановленою в ТД вимогою про наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічних договорів за останні три роки, що передбачають:

- одноразове протягом доби прибирання вулиць – не менше 150 000 м²;
- ціну одного договору (із врахуванням його виконання протягом одного календарного року), яка не менша 30 відсотків від очікуваної вартості закупівлі.

Позиція замовника

Надав пояснення, де зауважив, що предметом закупівлі визначено основні роботи із санітарного прибирання вулиць міста, що полягає у забезпеченні належного санітарного стану території, відмінній якості прибирання, чіткому дотриманні графіків вивезення сміття та вивезення сміття із несанкціонованих сміттєзвалищ. Саме для забезпечення наведених вимог та покладену відповідальність щодо санітарного стану міста встановлено

умову за номінальним об'ємом одноразового прибирання вулиць протягом доби.

Позиція Органу оскарження

Замовник не обґрунтував необхідності встановлення у ТД наведеної вище умови щодо визначення аналогічного договору саме за ціною одного договору (з урахуванням його виконання протягом одного календарного року), яка не може бути меншою 30 відсотків від очікуваної вартості закупівлі. Замовник повинен внести зміни до ТД у цій частині.

Отже, встановлена замовником вимога про обсяг договору у грошовому виразі була визнана необґрунтованою та такою, що порушує принцип недискримінації учасників.

Натомість замовник відстояв та довів необхідність вимоги щодо наявності досвіду за обсягом виконаних робіт.

Необхідно зазначити, що рішення Органу оскарження, якими задоволено скарги учасників, містять висновок Колегії АМКУ про те, що замовник не довів необхідності встановлення відповідної вимоги.

Отже, у разі якісного обґрунтування вимог та їхньої необхідності замовник таки здатен довести необхідність встановленої ним вимоги та зберегти її у ТД.

Зауважимо також, якщо у закупівлі, де учасник має намір взяти участь, встановлено неможливі для його виконання вимоги, варто їх оскаржити. Але постачальник має пам'ятати, що при поданні скарги до АМКУ обов'язково слід обґрунтувати наявність порушених прав.

