

## АНАЛОГІЧНІ ДОГОВОРИ: УНИКАЄМО ДИСКРИМІНАЦІЙНИХ УМОВ



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

*Розглядаємо практику оскарження вимог ТД, які, на думку учасників, обмежили їхню участь у тендері або порушили їхні права та інтереси. З'ясуємо, в яких випадках вимога надати аналогічний договір може стати порушенням законодавства*



### 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*

**З**акон не надає вичерпного переліку документів, що може вимагати замовник на підтвердження того чи іншого кваліфікаційного критерію, передбаченого статтею 16 Закону. Так само він не містить визначення такого поняття як «аналогічний договір». А тому замовник у праві самостійно визначати спосіб документального підтвердження, зокрема, й критерію наявності досвіду виконання аналогічного договору.

Замовник має врахувати, що Закон не передбачає права замовника встановлювати граничний у кількісному/відсотковому співвідношенні показник виконання аналогічних договорів, наявності/відсутності додатків і додаткових угод до таких договорів. А тільки наявність документально підтвердженого досвіду їхнього виконання.

Отже, встановлюючи вимоги до кваліфікаційних критеріїв, замовник у разі оскарження повинен бути готовий довести їхню необхідність саме в такій редакції.

Натомість учасник, оскаржуючи відповідні дискримінаційні положення ТД, мусить довести неможливість виконати такі вимоги та водночас свою спроможність якісно виконати умови договору – вчасно поставити необхідні товари, виконати роботи, надати послуги.



Розглянемо окремі приклади з практики Колегії АМКУ, що вказують на необхідність доведення скаржником наявності дискримінаційних вимог, що перешкоджають взяти участь у закупівлі.

#### **ПРИКЛАД № 1**

*(рішення Колегії АМКУ від 01.10.2018 №10052)*

##### **Позиція скаржника**

Скаржник вважав вимогу ТД про надання листа-відгуку про досвід виконання аналогічного договору дискримінаційною. Адже, згідно з вимогою, лист-відгук мав бути адресований конкретному замовнику, який оголосив оскаржувану процедуру закупівлі. Проте як зазначив скаржник, отримуючи у 2016 чи 2017 році відгук від свого контрагента, він не міг передбачити, в якому тендері братиме участь у майбутньому.

##### **Позиція замовника**

Замовник таку вимогу передбачив з метою перевірки дійсності виконання аналогічних робіт, позитивного відгуку, навіть якщо послуги (роботи) були проведені, як зазначає скаржник, у 2016 чи 2017 роках.

##### **Позиція Органу оскарження**

Скаржник не довів та документально не підтвердив неможливість виконання зазначеної умови ТД. Не довів, яким чином вказана умова порушує його права та законні інтереси і перешкоджає взяти участь у процедурі закупівлі. У зв'язку з цим відсутні підстави для задоволення скарги в цій частині.

Отже, звертаючись до Органу оскарження, учасник має обґрунтувати, яким саме чином вимоги ТД порушують його права та інтереси.

#### **ПРИКЛАД № 2**

*(рішення Колегії АМКУ від 21.03.2018 №2550)*

##### **Позиція скаржника**

Вимога замовника щодо досвіду виконання аналогічного договору, який має підтверджуватися серед іншого копіями аналогічних договорів, за якими учасник виконував роботи/послуги з будівництва, реконструкції чи капітальний, поточний середній ремонт доріг у 2016-2018 роках із обсягом влаштування асфальтобетонного покриття не 100 000м<sup>2</sup>, є дискримінаційною.

Скаржник стверджував, що у конструкції зазначеної кваліфікаційної вимоги замовник пропустив слово «менше», адже малось на увазі «не менше 100 000 м<sup>2</sup>», та наголошує, що норми Закону забороняють замовнику в ТД вносити вимоги, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації.

#### **Позиція замовника**

Зазначив, що така вимога була визначена у зв'язку з уникненням суспільної напруги на території будівництва, від якого залежить рух і транспортне сполучення міста, і для того, аби уникнути неякісного та невиправданого довготривалого ремонту. Тому замовник ухвалив рішення запровадити до учасників додаткові вимоги, які б підтверджували спроможність надавати послуги/виконувати роботи із ремонту дорожнього покриття у значних обсягах.

Крім того, замовник вніс зміни до ТД, а саме: вимогу досвіду виконання аналогічних договорів в обсязі не менше 100 000 м<sup>2</sup> замінено на 20 000 м<sup>2</sup>, що відповідає планованим обсягам надання послуг.

#### **Позиція Органу оскарження**

На розгляд Колегії АМКУ скаржник надав, зокрема, довідку про обсяги

фактично влаштованого асфальтобетонного покриття за 2016-2018 роки, що у відсотковому співвідношенні складає 40,48 % до технічного завдання замовника.

Скаржник зазначив, що здійснював у 2016-2018 роках ремонт вулиць, однак не в таких обсягах, як вимагав замовник.

Скаржник не довів та документально не підтвердив необхідності внесення змін до ТД, у зв'язку з чим були відсутні підстави для задоволення скарги в цій частині.

Як бачимо, вимога щодо наявності досвіду виконання аналогічних робіт в тому обсязі, що є співставним з обсягами робіт в оголошеній закупівлі, враховуючи також низку супутніх обставин, була визнана Колегією АМКУ такою, що не містить дискримінаційних умов щодо учасників.

До речі, й судова практика у таких ситуаціях на боці замовників. Суди не вважають вимоги із встановленими обсягами робіт за аналогічними договорами дискримінаційними. Навпаки суди зауважують, що ці вимоги є об'єктивно необхідними для забезпечення якісного виконання договорів.

