

Новели щодо оскарження тендерної документації та їх застосування

№35, 02 вересня 2021



Тетяна Руденко , адвокат, член Експертної групи з питань вдосконалення публічних закупівель координатор з моніторингу медичних закупівель міста Києва та Київської області, міста Львова та Львівської області, міста Одеси та Одеської області Transparency International Ukraine.

Головна стаття

Недобросовісна конкуренція у сфері реклами лікарських засобів

Компетентна думка

Антимонопольний комплаєнс

Конкурентне відомство й орган оскарження порушень у сфері публічних закупівель: спільне та відмінне

Дотримання вимог законодавства про рекламу

Ціна питання... на ліки

Інтереси бізнесу в процесі отримання державної допомоги

Концентрація. Отримання дозволів на концентрацію

Актуально

Недобросовісна конкуренція. Захист від конкурентів та органів державної влади

Тема оскарження порушень у закупівлях не втрачає своєї актуальності, оскільки практика Органу оскарження (Антимонопольний комітет України) постійно вдосконалюється, та й замовники теж знаходять нові підходи до формулювань у тендерній документації. І найголовніше – змінюється законодавство у сфері закупівель.

Згідно із черговими змінами до [Закону України "Про публічні закупівлі"](#), що набули чинності 26.06.2021, [ст. 18](#), яка регламентує оскарження процедур закупівель, **повністю викладено в новій редакції**.

Отже, якщо процедуру закупівлі оголошено з 26.06.2021 (включно), під час проведення й участі в публічних закупівлях замовники та учасники мають керуватися [Законом](#) в редакції від 26.06.2021, зокрема в частині оскарження процедур закупівель.

Документальне підтвердження / докази

Одна з істотних змін [Закону](#) така: у разі оскарження умов тендерної документації разом зі скаргою **потрібно завантажити документальне підтвердження / докази**.

Цією ж [ч. 2 ст. 18](#) передбачено, що суб'єкт оскарження несе відповідальність за точність і достовірність інформації, надаваної через заповнення електронної форми. Водночас ризики настання негативних наслідків, пов'язаних із наданням суб'єктом оскарження неточної або недостовірної інформації через заповнення електронної форми, несе суб'єкт оскарження.

Також [ч. 5 ст. 18](#) [Закону](#) передбачено, що скарга повинна містити обґрунтування наявності в суб'єкта оскарження 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, а також містити перелік документів (доказів),

що підтверджують наявність у суб'єкта оскарження порушених прав та охоронюваних законом інтересів із приводу рішення, дії чи бездіяльності замовника, що суперечать законодавству у сфері публічних закупівель і внаслідок яких порушено право чи законні інтереси такої особи, пов'язані з його участю у процедурі закупівлі, у випадку, якщо скарги стосуються тендерної документації та/або ухвалених рішень, дії чи бездіяльності замовника, що відбулися до закінчення строку, встановленого для подання тендерних пропозицій.

Одразу нагадаю, що відповідно до ч. 8 ст. 18 Закону скарги, що стосуються тендерної документації, можна подавати до органу оскарження з моменту оприлюднення оголошення про проведення конкурентної процедури закупівлі, але не пізніше ніж за чотири дні до кінцевого строку подання тендерних пропозицій, встановленого до внесення змін до тендерної документації. Після закінчення встановленого строку скарги можна подавати лише щодо змін до тендерної документації, унесених замовником, протягом 10 днів із моменту оприлюднення таких змін на вебпорталі Уповноваженого органу, але не пізніше ніж за чотири дні до дати, визначеної для подання тендерних пропозицій, яку було встановлено під час унесення таких змін.

Норма щодо обов'язковості завантаження відповідних доказів разом зі скаргою на умови тендерної документації відразу ж запрацювала, що підтверджено аналізом поданих скарг до Органу оскарження. Так, з 01.07.2021 до 23.08.2021 було подано понад 330 скарг на **умови тендерної документації**, з них 87 – залишено без розгляду, 20 – відмовлено в задоволенні.

Для порівняння: за той самий період було подано понад 350 скарг **на рішення, дії чи бездіяльність замовника**. З них залишено без розгляду 7.

Інакше кажучи, якщо раніше суб'єкту оскарження під час подання скарги на умови закупівлі (тендерна документація) було достатньо обґрунтувати наявність порушених прав та охоронюваних законом інтересів, то тепер скаржник обов'язково має також завантажити разом зі скаргою документальне підтвердження / докази.

Тобто скарга на умови закупівлі, подана без додатків, фактично приречена на те, що буде залишена без розгляду.

Наведемо кілька прикладів того, як у контексті нових норм розглядає скарги Орган оскарження.

Більшість із поданих скарг містили лише текст без додатків, тобто скаржники не завантажили разом зі скаргою документальні підтвердження / докази.

Ці скарги було залишено без розгляду як такі, що не відповідають вимогам ч. ч. 2 – 5 та 9 ст. 18 Закону. Отже, якою б скарга не здавалася аргументованою, без документального підтвердження її не розглядатимуть.

Така ситуація вкрай неприємна для потенційного учасника не лише тим, що він позбавлений можливості взяти участь у закупівлі та перемогти у процедурі закупівлі. Крім того, сплачені за подання скарги кошти назад повернено не буде, тобто учасник зазнає додаткових збитків, розмір яких буде прямо пропорційний очікуваній вартості оскаржуваної закупівлі.

Але звертаю увагу, що сам факт завантаження суб'єктом оскарження додатків до скарги не є достатньою умовою для того, щоб скаргу було прийнято до розгляду. І основне, про що необхідно пам'ятати суб'єкту оскарження під час підготовки скарги та формування пакета документів до неї, – це те, як саме умови тендерної документації порушують конкретно його права та законні інтереси, як вони перешкоджають йому взяти участь у тендері та, можливо, здобути перемогу.

Наприклад, Колегія залишила без розгляду скаргу ТОВ "БК "Т" (закупівля UA-2021-07-05-009998-с).

Скаржник завантажив як докази тендерну документацію та один із додатків до неї. Скарга містила зауваження з 15 пунктів щодо умов тендерної документації, але в жодному із цих пунктів не було зазначено, як саме та чи інша умова порушує права суб'єкта оскарження та перешкоджає йому взяти участь у закупівлі. Наприклад, скаржник протестує проти вимоги замовника про обов'язкову наявність робітників у кількості не менше за визначену. Але не зазначає, скільки робітників має саме він, не надає копії штатного розпису, угод про співпрацю тощо, не доводить свою спроможність виконати умови договору в разі перемоги.

Оскільки скаржник не надав підтвердження наявності своїх порушених прав, його скаргу було передбачувано залишено без розгляду.

Інший приклад – скарга ПП НТВКФ "В" (закупівля UA-2021-07-08-000941-с). Скаржник у тексті скарги обґрунтував свої окремі вимоги. Натомість завантажив як доказ аналогічні рішення Колегії та висновки за результатами моніторингів. Але що ж могло було бути підтвердженням під час подання цієї скарги?

Наприклад, оскаржуючи вимогу замовника надати документальне підтвердження наявності складських приміщень та/або спеціальних майданчиків для зберігання вугілля (витяг із Державного реєстру речових прав на нерухоме майно про реєстрацію права власності не раніше 2019 року, чинний договір(ори) оренди / найму / лізингу / про надання послуг зі строком дії не меншим ніж до 31.12.2021), скаржник зазначив, що має склад для зберігання твердого палива, а отже обмежений у можливості взяти участь у цій закупівлі, оскільки це зможуть лише ті учасники, що мають саме складське приміщення та/або спеціальний майданчик для зберігання вугілля.

Вважаю, що для скаржника було б доцільно завантажити договір оренди складу або інший підтвердний документ, а також копії виконаних договорів з аналогічним предметом закупівлі на підтвердження того, що наявність складу для зберігання твердого палива замість складського приміщення або спеціального майданчика для зберігання вугілля не є перешкодою для виконання договірних умов.

Так само скаржник не підтвердив належним чином факт порушення прав, оскаржуючи вимогу замовника надати довідку в довільній формі про наявність працівників відповідної кваліфікації, знання та досвід яких дадуть змогу виконати договір на постачання вугілля. Довідка мала містити інформацію, зокрема, про займану працівником посаду та про досвід роботи на займаній посаді. Скаржник зауважив, що в його працівників саме посад немає, хоча всі вони мають свої посадові обов'язки. Як доказ скаржник міг би надати документи щодо структури підприємства, штатного розпису, посадових обов'язків, копії наказів про прийняття на роботу або укладення трудових угод тощо. Тобто скаржник знову не обґрунтував свої вимоги.

Отже, до скарги на умови тендерної документації скаржник має обов'язково додати документальне підтвердження / докази. Таким підтвердженням не може бути сама тендерна документація та/або додатки до неї, рішення Органу оскарження, ухвалені за аналогічною скаргою, висновки за результатами моніторингу. Докази повинні бути конкретними. Одним із таких підтверджень може бути (але не обов'язково) наявність раніше укладених і виконаних договорів з аналогічним предметом закупівлі. Тобто скаржник тим самим доводить, що невідповідність певній умові замовника не перешкоджає належним чином виконувати договірні умови.

Звичайно, якісно підготовлена скарга, яка містить також посилання на ухвалені Органом оскарження з аналогічного приводу рішення, має високі шанси бути прийнятою до розгляду та задоволеною (повністю або частково). Але одних таких посилань, звичайно, недостатньо.

Згадані вище скарги теж було залишено без розгляду як такі, що не відповідають вимогам ч. ч. 2 – 5 та 9 ст. 18 Закону.

Наведу кілька прикладів і позитивної практики Органу оскарження. Закупівля UA-2021-07-01-005245-с. Оскаржували умову наявності або залучення асфальтобетонного заводу в межах міста Харкова.

Скаржник надав у додатку до скарги договір постачання, укладений із власником асфальтобетонного заводу. Крім того, скаржник навів норму, якою встановлено вимоги до відстані та часу транспортування асфальтобетонних сумішей.

Ще одна оскаржувана вимога – наявність виробничих приміщень лише в межах м. Харкова, тоді як у скаржника наявні виробничі приміщення в мм. Краматорську та Києві, що було документально підтверджено.

Також оскаржували умову про надання переможцем договірної ціни на паперових носіях на адресу замовника особисто або поштою, притому що ненадання договірної ціни в передбачені строки трактували як відмову переможця від підписання договору про закупівлю.

Фактично інформація про те, чи отримав замовник договірну ціну саме в паперовому вигляді, буде відома лише самому замовнику, адже жодної фіксації отримання замовником договірної ціни умовами тендерної документації не передбачено.

Рішенням Колегії від 27.07.2021 р. № 17158-р/пк-пз замовника зобов'язано внести зміни до тендерної документації для усунення порушень.

Закупівля UA-2021-07-02-009301-с. Замовник проводив закупівлю фармацевтичної продукції (усього 4 найменування) без поділу на лоти. ТОВ "З" оскаржило умови закупівлі, зазначивши, що може поставити лише один лікарський засіб, оскільки решта позицій предмета закупівлі є ексклюзивними та мають одного виробника.

На підтвердження своєї позиції скаржник надав сканкопії результатів пошуку за МНН (міжнародна непатентована назва) у Державному реєстрі лікарських засобів. Лікарські засоби з указаними в тендерній документації міжнародними непатентованими назвами в необхідній замовнику концентрації є ексклюзивними, тобто їх виготовляє та представляє на ринку України лише один виробник.

Рішенням Колегії від 27.07.2021 р. № 17160-р/пк-пз замовника було зобов'язано внести до тендерної документації відповідні зміни.

Закупівля UA-2021-07-02-002841-b. Скаржник ТОВ "У" оскаржував ряд позицій тендерної документації. Скаргу Колегія прийняла до розгляду. Рішенням від 27.07.2021 р. № 17136-р/пк-пз скаргу було задоволено частково, замовника зобов'язано внести до тендерної документації окремі зміни.

Зокрема, оскаржували такі умови (також наводимо докази скаржника та результати розгляду).

Замовник установив, що учасники мають надати згоду на проведення замовником виїзної перевірки учасника стосовно достовірності документів, що підтверджують відповідність кваліфікаційним критеріям учасника закупівлі. Скаржник стверджує, що замовник не належить до переліку органів контролю, що можуть здійснювати будь-які перевірки документів суб'єктів господарювання, у тому числі проводити виїзні перевірки достовірності документів учасника. Колегія зазначає в рішенні, що інформація та документи, отримані замовником за результатами перевірки, не є складовою частиною пропозиції учасника, отже їх невідповідність, крім установлення надання недостовірної інформації, не може бути підставою для відхилення. Замовника зобов'язано внести зміни до тендерної документації.

Замовник передбачив, що учасники зобов'язані надати разом із пропозицією згоду та довіреність (доручення) на ім'я голови тендерного комітету замовника зі строком дії тендерної пропозиції для можливості отримання інформації та документів в органах державної влади, підприємствах, установах, організаціях відповідно до їх компетенції. Скаржник вважає таку вимогу зайвою, оскільки право на отримання інформації від третіх осіб надано замовнику згідно із Законом. Відповідно до рішення Колегії скаржник документально не підтвердив неможливість виконання зазначеної умови документації та не довів, як саме наведена вище умова порушує права й законні інтереси скаржника, пов'язані з участю у процедурі закупівлі.

Замовник вимагав надати довідку (лист) від органу Державної податкової служби України, у якому перебуває на обліку учасник як платник податків, про наявність усіх рахунків учасника в установах банків (із зазначенням номера кожного відповідного рахунку та назви установи банку, у якій такий рахунок відкрито), що відповідно обліковуються в інформаційних системах ДПС України. Скаржник стверджує, що жодним нормативно-правовим актом не передбачено строку для надання відповіді на такого роду запит, а також зазначає, що, за повідомленням працівника ДПС України, цю довідку готують 30 календарних днів. Відповідно до рішення Колегії скаржник документально не підтвердив неможливість виконання зазначеної умови документації та не довів, як саме наведена вище умова порушує права та законні інтереси скаржника, пов'язані з участю у процедурі закупівлі. Також зазначу, що скаржник завантажив своє звернення до ДПС України, але підтвердження своїх слів щодо тривалості підготовки довідки не надав.

Під аналогічними договорами замовник визначив надання послуг за кодами ДК 021:2015: 48510000-6 "Пакети комунікаційного програмного забезпечення" чи 72210000-0 "Послуги з розробки пакетів програмного забезпечення". Учасники мали надати інформацію для

підтвердження факту проведення електронних торгів, за якими було укладено договори, інформацію про які учасник подає як про аналогічні, зазначивши посилання на публічне розміщення інформації про укладені договори. Скаржник повідомив, що на ринку є велика кількість комерційних підприємств, установ, організацій, договори з якими не містяться на жодному ресурсі, який є в публічному доступі та на який було б можливо дати посилання; законодавчо не передбачено, що в договорах, укладених комерційними організаціями, повинен бути зазначений код ДК 021:2015. Відповідно до рішення Колегії скаржник документально не підтвердив неможливість виконання зазначеної умови документації та не довів, як саме наведена вище умова порушує права й законні інтереси скаржника, пов'язані з участю у процедурі закупівлі.

Замовник передбачив, що перелік нормативно-правових документів і перелік функціональних можливостей не є вичерпним і може бути уточнений у технічному завданні. Скаржник звернув увагу, що ні в тендерній документації, ні в проекті договору, ні в його додатках немає технічного завдання. Колегія в рішенні зазначила, що умови документації не узгоджуються між собою, що не дає учасникам можливості належним чином сформулювати свої пропозиції. Замовника зобов'язано внести зміни до тендерної документації.

Замовник зауважив, що у процесі реалізації модуля автоматичного аудіоінформування заявника про аварію за адресою буде сформовано вимоги до розроблення прикладного програмного забезпечення, які забезпечать процедуру обробки інформації, ідентифікацію програмних модулів і баз даних, типізують в окремі програмні модулі відповідно до свого призначення. Скаржник стверджує, що ця норма порушує принципи публічних закупівель, оскільки всі вимоги щодо всіх характеристик предмета закупівлі має бути сформовано на момент оголошення закупівлі. Колегія в рішенні зазначила, що в документації немає вимог до розробки прикладного програмного забезпечення, що не дає учасникам можливості належним чином сформулювати свої пропозиції. Замовника зобов'язано внести зміни до тендерної документації.

Участь у засіданнях Органу оскарження

Абзац 2 ч. 15 ст. 18 оновленого Закону конкретизує порядок участі сторін на засіданні Органу оскарження, а саме, що **за попереднім письмовим бажанням** однієї зі сторін, зазначеним у скарзі або поясненні, на засідання запрошують сторін (суб'єкт оскарження та замовник) для надання додаткових пояснень тощо, водночас суб'єкт оскарження, замовник та інший учасник процедури закупівлі (у разі оскарження рішення замовника, ухваленого щодо його тендерної пропозиції) **мають право брати участь у такому розгляді скарги за допомогою застосування телекомунікаційних систем** в інтерактивному режимі реального часу й такий розгляд скарги є відкритим, усі охочі можуть бути присутні на її розгляді.

Отже, брати участь у засіданні Органу оскарження можуть суб'єкт оскарження, замовник, усі охочі за допомогою телекомунікаційних систем, а також особисто на розгляді скарги.

Для можливості особисто брати участь у засіданні Органу оскарження потрібно мати довіреність від підприємства, інтереси якого ви представлятимете, а також документ, що посвідчує особу.

І обов'язково про особисту участь у засіданні потрібно зазначити у скарзі (для скаржника) і поясненнях (для замовника).

Водночас ч. 5 передбачено, що для участі в розгляді скарги через застосування телекомунікаційних систем в інтерактивному режимі реального часу разом зі скаргою суб'єкт оскарження подає **відповідну заяву у формі електронного документа** за допомогою її завантаження через електронну систему закупівель у строк, установлений для подання скарги.

Отже, щоб узяти участь у розгляді скарги за допомогою застосування телекомунікаційних систем в інтерактивному режимі реального часу, суб'єкт оскарження подає відповідну заяву у формі електронного документа, завантаживши її через електронну систему закупівель у строк, установлений для подання скарги.

У разі неподання скаржником відповідної заяви разом зі скаргою він не матиме можливості взяти участь у розгляді скарги за допомогою застосування телекомунікаційних систем в інтерактивному режимі реального часу.

Перелік міжобласних територіальних відділень АМКУ, у яких можливо долучитися до інтерактивного режиму розгляду скарг, Антимонопольний комітет навів на своєму сайті в розділі "Оскарження публічних закупівель".

Також ч. 15 доповнено абз. 3, а саме: "відсутність сторін на засіданні Комісії з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель не перешкоджає прийняттю рішення за результатами розгляду скарги".

Підсумовуючи викладене, зазначу, що під час підготовки скарги варто дотримуватися строків оскарження, обов'язково приділяти увагу доказам того, як саме та чи інша умова тендерної документації перешкоджає участі у процедурі закупівлі, визначитися з порядком участі на засіданні Органу оскарження.

Кожне оскарження умов закупівлі має суто індивідуальний характер, де необхідно брати до уваги значну кількість чинників. Універсального рецепту тут бути не може, оскільки аналізувати потрібно не лише вимоги замовника, а й можливості учасника, доводити його спроможність виконати умови договору в разі перемоги.

Водночас, якщо вам складно обґрунтувати, як саме та чи інша умова заважає вам узяти участь у тендері, ви завжди можете звернутися по фахову допомогу!

Вдалих закупівель!

© ТОВ "ІАЦ "ЛІГА", ТОВ "ЛІГА ЗАКОН", 2021

У разі цитування або іншого використання матеріалів, розміщених у цьому продукті ЛІГА:ЗАКОН, посилання на ЛІГА:ЗАКОН обов'язкове. Повне або часткове відтворення чи тиражування будь-яким способом цих матеріалів без письмового дозволу ТОВ "ЛІГА ЗАКОН" заборонено.

© ТОВ "Інформаційно-аналітичний центр "ЛІГА", 2021

© ТОВ "ЛІГА ЗАКОН", 2021