**«Дискримінаційні критерії у тендерній документації»**

**1. Поняття та система принципів здійснення публічних закупівель.**

Принципи здійснення публічних закупівель направлені на визначення вектору правового регулювання. Вони являють собою керівні засади, вихідні ідеї, положення, що відображають зміст, сутність і соціальне призначення публічних закупівель.

Перелік таких принципів містить стаття 3 Закону України «Про публічні закупівлі» (далі – Закон).

До них відносяться: добросовісна конкуренція серед учасників; максимальна економія та ефективність; відкритість та прозорість на всіх стадіях закупівель; недискримінація учасників; об’єктивна та неупереджена оцінка тендерних пропозицій; запобігання корупційним діям і зловживанням.

Між принципами здійснення публічних закупівель існує тісний взаємозв’язок, а саме вони утворюють систему. На вершині системи стоять міжгалузеві принципи – права на добросовісну конкуренцію, економії та ефективності, ці принципи визначать мету, стан, який законодавець прагне досягти від регулювання публічних закупівель, вони характерні для регулювання економічної діяльності держави в цілому. Інші принципи є скоріше інструментом дотримання вищезгаданих принципів, а саме відкритість та прозорість на всіх стадіях закупівель; недискримінація учасників; об’єктивна та неупереджена оцінка тендерних пропозицій; запобігання корупційним діям і зловживанням.

В основі поняття «права на добросовісну конкуренцію» лежать такі фундаментальні ознаки, як добропорядність, розумність та справедливість. Норми Закону про публічні закупівлі передбачають вільну конкуренцію серед учасників. І замовник має її підтримувати. Утім, іноді створити ситуацію з недобросовісною конкуренцією можуть самі учасники. Трапляється, що учасники торгів домовляються між собою про узгоджені дії при участі у торгах (змова між учасниками). У ситуації зі змовою між учасниками замовник має своєчасно відреагувати (наприклад, у разі участі пов’язаних осіб).

Якщо розглядати право на добросовісну конкуренцію в системі принципів публічних закупівель, то цей принцип є метою здійснення закупівель, який відображає стан, на досягнення якого направлене державне регулювання у даній сфері.

У свою чергу принцип економії та ефективності втілює в собі результат досягнення стану добросовісної конкуренції. Його дотримання означає спрямованість держави на досягнення довгострокового результату у вигляді створення конкурентного середовища, яке призведе до економічної вигоди. При дотриманні принципу максимальної економії та ефективності, суттєвим є саме рівень цін, за яким купується предмет закупівель за бюджетні кошти. Неналежна організація проведення державних закупівель може призвести до надмірних витрат державних ресурсів у формі: підвищення цін; закупівлі непридатного, низькоякісного обладнання; придбання обмежених та/або низькоякісних послуг; відстрочення реалізації проектів; несприятливих і неповних умов контрактів для замовника.

Як основний інструмент для підвищення ефективності публічних закупівель законодавець обрав принцип відкритості та прозорості, який втілився у створенні електронної системи закупівель. Так, забезпечується вільний доступ до документації, розмішеної на веб-порталі Уповноваженого органу та авторизованих електронних майданчиках.

Принцип об’єктивної та неупередженої оцінки тендерних пропозицій важливий для того, аби отримати оптимальний результат закупівлі. Замовник має забезпечити рівне та об’єктивне ставлення до всіх учасників.

Принцип запобігання корупційним діям і зловживанням втілюється в створенні такої процедури закупівель, яка неминуча призведе до притягнення правопорушника до адміністративної або кримінальної відповідальності та до скасування закупівлі, яка порушує вимоги закону.

**2. Принцип недискримінації учасників закупівель: загальне поняття та сутність.**

Захист конкуренції в рамках публічних закупівель має відбуватися через реалізацію принципів здійснення закупівель, встановлених у статті 3 Закону. Серед зазначених принципів є принцип недискримінації учасників, на якому зупинимося детальніше.

Принцип недискримінації не можна назвати новим положенням законодавства України у сфері закупівель за бюджетні кошти, адже він переходить з редакції в редакцію застосовуваного законодавства. Зміст цього принципу також залишається доволі стабільним (за винятком деяких періодів, коли вітчизняним виробникам надавалися переваги в тендерах): рівні умови для вітчизняних та іноземних учасники всіх форм власності й організаційно-правових форм; вільний доступ всіх учасників до інформації про закупівлю та заборона встановлювати дискримінаційні вимоги до учасників.

В юридичній практиці поняття дискримінації визначено як умисне обмеження або позбавлення прав певних юридичних та фізичних осіб. Європейський суд з прав людини надає аналогічне визначення дискримінації: «Відмінність у поводженні є дискримінаційною, якщо вона не має об’єктивного і розумного виправдання». Отже, відмінність у поводженні є дискримінаційною, якщо вона не переслідує «законної мети» або ж відсутня «розумна відповідність використовуваних засобів і переслідуваної мети». Однак, як встановити, що таке дискримінація відповідно до Закону України «Про публічні закупівлі», адже будь-яка відмінність може трактуватися як дискримінація?

З огляду на зазначене зауважимо, для того, щоб з’ясувати чи наявна дискримінація, слід відповісти на такі запитання:

* чи є насправді відмінне ставлення (розрізнення);
* чи є таке ставлення наслідком обмеження або позбавлення прав особи;
* на підставі якої ознаки здійснювалось розрізнення;
* чи має така ознака об’єктивне і розумне виправдання (обґрунтування)?

Таким чином, якщо було розрізнення, яке має об’єктивне або раціональне виправдання, - дискримінація вважається відсутньою, якщо ж навпаки - наявною.

Для дотримання принципу недискримінації учасників під час проведення процедур закупівель замовник повинен, зокрема: забезпечити рівні умови для участь у процедурах закупівель вітчизняним та іноземним учасникам; перевірити, аби його тендерна документація не містила вимог, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників. Наприклад, вимоги про місцезнаходження учасника торгів лише у певному регіоні, вимоги, що обмежують конкуренцію в технічній специфікації. не застосовувати під час переговорів дискримінаційний підхід до різних учасників та розкривати іншим учасникам запропоновані рішення або іншу конфіденційну інформацію, отриману від учасника, який бере участь у переговорах, без його згоди.

Разом із Законом України «Про публічні закупівлі» захист принципу недискримінації набув нового змісту, зокрема завдяки введенню системи електронних закупівель.

Якщо за часів дії Закону України «Про здійснення державних закупівель» з дискримінацією можна було достатньо ефективно боротися через оскарження на стадії публікації оголошення про закупівлю й тендерної документації, оскільки вони були у відкритому доступі, то тепер з’явилися нові можливості для доведення дискримінації на стадії оцінки пропозицій учасників. Конкурсні пропозиції доступні для перегляду в повному обсязі в системі Prozorro, а тому кожен з учасників може проаналізувати, чи до всіх були застосовані однакові критерії оцінки, чи не відхилили чиюсь пропозицію або, навпаки, чи не допустили до аукціону безпідставно.

Також зазнала змін процедура оскарження, що дає учасникам більше можливостей боротися з дискримінацією з боку замовника, а саме: скарга до Антимонопольного комітету України подається в формі електронного документа; закупівля зупиняється автоматично у разі прийняття скарги до розгляду; строк розгляду скарги скорочено з 30 до 15 робочих днів та ін.

Скаржник і замовник можуть використовувати як докази не лише документацію торгів, а й будь-яке листування з іншими суб’єктами господарювання (конкурентами на ринку товарів щодо яких проводиться закупівля), висновки експертів тощо.

**3. Види порушень принципу недискримінації та способи їх уникнення: аналіз правової позиції органу оскарження.**

Випадки порушення принципу недискримінації не є поодинокими, про що свідчить практика Антимонопольного комітету України, зокрема, Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (далі – Колегія АМК України).

Часто замовники, переслідуючи мету закупити якісний товар за найбільш вигідною ціною, встановлюють жорсткі умови для учасників та предмету закупівлі, що призводить до обмеження конкуренції під час проведення закупівлі. Нерідко жорсткість встановлених кваліфікаційних критеріїв може вказувати на те, що замовник намагається забезпечити перемогу конкретного учасника в закупівлі.

Система «Прозорро» не може вирішити цю проблему, а забезпечує лише відкритість та наочність такого дискримінаційного підходу. Засобом захисту своїх прав учасниками є можливість їх звернення зі скаргою до Колегії АМК України щодо внесення змін до тендерної документації.

Колегія АМКУ країни визнає порушення замовником принципу недискримінації та зобов’язує його вносити зміни до тендерної документації або відміняти закупівлю.

Відповідно до чинного законодавства, замовник може визначити один з таких кваліфікаційних критеріїв: наявність обладнання та матеріально-технічної бази, відповідних працівників, документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного договору. Крім цього, замовник має цілу низку додаткових підстав для відхилення пропозицій учасників (наприклад, заборгованість за податками, притягнення до відповідальності за корупційні або пов’язані з корупцією правопорушення тощо)

Насправді, замовники мають дискрецію у встановленні критеріїв до учасників та предмету закупівлі. Замовники користуються такими правами, іноді забуваючи про межі, в результаті чого виникають випадки так званої «закупівлі під одного учасника».

Зокрема, дискримінаційними можуть бути визнані умови, які обмежують конкуренцію та можуть поставити в нерівні умови різних постачальників. Розглянемо приклади дискримінаційних вимог, що були визнані такими Колегією АМК України.

1. Вимога виконувати постачання товару лише власним транспортом, що дискримінує учасників, які орендують транспортні засоби, що не впливає на здатність забезпечити належне виконання умов договору.

2. Встановлення вимоги щодо необхідності мати в своєму штаті працівників виробництва. Зокрема, й вимоги надати в складі пропозиції копії трудових книжок (перша сторінка та сторінка із останнім місцем роботи) працівників. Цю вимогу учасник оскаржив. Він зазначав, що вимогою замовник обмежив його право на укладання цивільно-правових відносин відповідно до статті 208 Цивільного кодексу України.

Така умова тендерної документації обмежує участь у процедурі закупівлі лише тими суб’єктами господарювання, які мають працівників відповідної кваліфікації саме у штаті підприємства. Тобто є дискримінацією стосовно інших суб’єктів господарювання, які мають змогу укласти, зокрема, цивільно-правові договори з працівниками. Тож Колегія АМКУ зобов’язала замовника внести зміни до тендерної документації.

3. Стосовно досвіду виконання аналогічних договорів, то дискримінаційною може вважатись вимога, якщо період виконання аналогічних договорів обмежений часовими рамками.

Тендерна документація замовника іноді передбачає, що учасник має документально підтвердити виконання аналогічних договорів виключно в конкретному році.

Якщо учасник оскаржить таку умову, замовник муситиме обґрунтувати, чому саме, за яких підстав та причин йому потрібен досвід виконання аналогічних робіт тільки в цей період. І чому досвід в інший період не може бути прийнятним. Дуже часто такого пояснення у замовника немає. Тому таку вимогу

Постійно діюча адміністративна колегія Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель вважатиме дискримінації та зобов’яже замовника внести зміни до документації.

Поширеною є вимога у тендерній документації підтвердити досвід виконання аналогічних договорів на певну суму. Тобто учасник має підтвердити власний досвід у прив’язці до грошей. Така вимога завжди, без винятку, повинна мати пояснення замовника, чому саме він вимагає досвід виконання робіт на певну суму. Оскільки таку вимогу часто оскаржують учасники, вона може бути визнана дискримінаційною.

Вимога надати відгук про виконання аналогічного договору із конкретним замовником часто має на меті підтвердити досвід виконання аналогічного договору, наприклад, із державним замовником або замовником із конкретної області, що також звужує коло потенційних учасників.

4. Вимога подавати копію довідки з ЄДРПОУ. Зауважимо, чинним законодавством України не передбачено надання на письмовий запит користувача довідок з ЄДРПОУ. Варто зазначити, що ДКТ не містить приміток, що документи, які не передбачені чинним законодавством для учасників процедури закупівлі, можна не подавати у складі пропозицій конкурсних торгів. Дії замовника в частині встановлення наведеної вимоги ДКТ порушують права суб’єктів господарювання, які не мають довідки з ЄДРПОУ.

5. Вимога авторизаційного листа виробника предмета закупівлі або представника виробник. В багатьох випадках такі листи саме і є обмеженням конкуренції. Адже деякі виробники видають авторизаційний лист на товар одному постачальнику. І цей постачальник просто забезпечує штучну конкуренцію для того, щоб відбувся тендер.

Таку практику бачимо у закупівлях транспортних засобів. Скажімо, виробник транспортних засобів, наприклад, автобусів, не видає авторизаційний лист. Фактично, лише той учасник, який першим отримав авторизаційний лист, може продавати автобуси.

Тому бажано не включати умову про надання авторизаційного листа до вимог тендерної документації. До того ж опис авторизаційного листа не має для замовника великого значення: в тендерній документації є опис предмета закупівлі, є вимога, яка передбачає поставку товару належної якості і в строк, визначений умовами договору. Тому просто вимагайте від учасника-переможця виконати всі умови договору.

6. Дискримінаційною бути вважатись вимога надати товар певної торгівельної марки/ виробника, або прописування у тендерній документації заборони пропонувати аналоги товару, зокрема, це стосується закупівель лікарських засобів.

7. Для забезпечення основних принципів здійснення процедури публічних закупівель, викладених у статті 3 Закону, зокрема, «добросовісна конкуренція серед учасників та недискримінація учасників», рекомендується замовникам під час здійснення відповідної закупівлі визначати окремі частини предмета закупівлі (лоти) для дотримання принципу максимальної економії та ефективності, оскільки здійснення закупівлі різноманітних товарів (зокрема, лікарських засобів) «одним лотом» призводить до звуження потенційного кола учасників процедури закупівлі, що, в свою чергу, призводить до відсутності фактичної конкуренції серед учасників та до збільшення вартості предмету закупівлі. Крім того, в одному лоті можуть бути товари, які є унікальними, тобто виготовляються тільки певним виробником, що також обмежуватиме права учасників.

Непоодинокими є випадки відхилення тендерних пропозицій учасників через невідповідність вимогам з формальних причин або відхилення пропозицій одних учасників та допущення до торгів учасників з аналогічними порушеннями.

Прикладом може слугувати скарга учасника закупівлі, тендерну пропозицію якого було відхилене через те, що вона не відповідала вимогам тендерної документації, а саме через не зазначення строку дії тендерної пропозиції, інформації щодо вартості складових частин (систем) та матеріалів.

Колегія АМК України визнала правомірність відхилення тендерної пропозиції скаржника, проте у процесі розгляду перевірила також тендерну пропозицію переможця, яка фактично містила аналогічне порушення щодо строку дії та була подана у форматі, який не відповідав вимогам, але все одно була допущена до торгів. Колегія АМК України зобов’язала замовника скасувати процедуру закупівлі.

Також показовим є рішення Колегії АМК України за скаргою учасника закупівель стрічкових конвеєрів, пропозицію якого було відхилено через відсутність копії дозволу Держгірпромнагляду щодо можливості застосування товару в небезпечних умовах по газу та пилу або Дозволу Державної служби України з питань праці, яка вимагалася замовником на підтвердження технічних, якісних та кількісних характеристик. Водночас пропозиції інших учасників були допущені до аукціону, хоча вони також не містили сертифікатів відповідності на продукцію, які вимагалися замовником на підтвердження технічних, якісних та кількісних характеристик. Антимонопольний комітет погодився з доводами скаржника та зобов’язав замовника скасувати процедуру закупівлі.

Оскарження до Антимонопольного комітету України дискримінаційних вимог може були не лише засобом захисту прав учасників закупівель, а й засобом зловживання та затримання проведення торгів. Відповідно до законодавства про публічні закупівлі, проведення закупівлі призупиняється на строк розгляду скарги, який становить 15 робочих днів з дати початку розгляду скарги.

З розвитком сфери здійснення публічних закупівель зростає як кількість самих закупівель, учасників ринку – замовників та учасників торгів, так і кількість оскаржень процедури проведення торгів, і зокрема оскаржень з мотивів дискримінаційного підходу замовників. Відповідно до звіту Антимонопольного комітету України в 2017 року за результатами роботи Колегії АМК України статистика надходження скарг у 2017 році збільшилася більш, ніж у півтора рази порівняно із 2016 роком. При цьому відсоток задоволення скарг повністю або частково і відміни торгів складає 66, 5% станом на грудень 2017 року.

Відповідно до статті 38 Закону, за порушення вимог законодавства у сфері публічних закупівель, члени тендерного комітету несуть відповідальність згідно із законами України.

Головний спеціаліст

юрисконсульт – член

тендерного комітету

Департаменту **М. ЩЕБЕЦЬ**