



**ПОСТІЙНО ДІЮЧА АДМІНІСТРАТИВНА КОЛЕГІЯ
АНТИМОНОПОЛЬНОГО КОМІТЕТУ УКРАЇНИ
З РОЗГЛЯДУ СКАРГ ПРО ПОРУШЕННЯ ЗАКОНОДАВСТВА
У СФЕРІ ПУБЛІЧНИХ ЗАКУПІВЕЛЬ**

вул. Митрополита В. Липківського, 45, м. Київ-35, 03035,
тел.: (044) 594-64-12, факс: (044) 520-10-42; <http://www.amcu.gov.ua>, код ЄДРПОУ 00032767

Ім'я (найменування) суб'єкта оскарження:	товариство з обмеженою відповідальністю "Спеціалізоване монтажне управління протипожежної автоматики" (надалі – Скаржник)
Місце проживання (місцезнаходження) суб'єкта оскарження:	вул. Гастелло, 52/1, м. Одеса
Номер скарги, присвоєний в електронній системі закупівель під час її подання:	UA-2021-08-06-003238-а.с1
Дата та час подання скарги суб'єктом оскарження в електронній системі закупівель:	01 вересня 2021 21:42
Найменування замовника:	Комунальна корпорація "Київавтодор" (надалі – Замовник)
Номер оголошення про проведення процедури закупівлі, що оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу та назва предмету закупівлі:	UA-2021-08-06-003238-а "Реконструкція дощової каналізації на проспекті Броварському від вул. Митрополита Андрея Шептицького (вул. Луначарського) до мосту Метро через Русанівську протоку в Дніпровському районі (І-ша черга будівництва)" (надалі – Процедура закупівлі)

РІШЕННЯ

№20913-р/пк-пз від 14.09.2021

Постійно діюча адміністративна колегія Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель (надалі – Колегія), розглянувши скаргу товариства з обмеженою відповідальністю "Спеціалізоване монтажне управління протипожежної автоматики" від 01 вересня 2021 № UA-2021-08-06-003238-а.с1 (надалі – Скарга) щодо порушення Замовником порядку проведення Процедури закупівлі,

ВСТАНОВИЛА:

Надалі за текстом вказаного рішення терміни та визначення:

- Закон України "Про публічні закупівлі" – Закон;
- тендерна документація – Документація;
- тендерна пропозиція - Пропозиція.

Скаржник повідомляє про порушення Замовником порядку проведення Процедури закупівлі та просить, зокрема, зобов'язати Замовника внести зміни до Документації.

Рішенням Колегії від 03.09.2021 №20051-р/пк-пз Скарга була прийнята до розгляду.

На веб-порталі Уповноваженого органу (prozorro.gov.ua) Колегією було запропоновано Замовнику надати пояснення по суті Скарги.

Замовник шляхом розміщення листа на веб-порталі Уповноваженого органу, надав пояснення по суті Скарги.

Розглянувши Скаргу та інформацію, одержану за Скаргою, та інформацію, розміщену в електронній системі закупівель, встановлено наступне.

1. Скаржник зазначає, що відповідно до умов Документації, а саме - учасник повинен надати скановану довідку про виконання власного аналогічного* договору (ів) протягом останніх 5 (п'яти) років (договір повинен бути укладений протягом останніх 3 років від дати, що передує даті оголошення закупівлі) за встановленою формою.

Насамперед, Скаржник зазначає, що вказане положення ТД є суперечливим та взаємовиключним, таким, що унеможливорює подання пропозицій від потенційних учасників та створює умови, які об'єктивно впливають на добросовісну конкуренцію серед учасників та об'єктивне та неупереджене визначення переможця процедури закупівлі.

Так, з одного боку Замовник вимагає підтвердити аналогічний досвід договорами, що виконувалися учасником протягом останніх п'яти років, з іншого такі договори повинні бути укладені протягом останніх трьох років до дати оголошення закупівлі (тобто в період з 06.08.2018 по 06.08.2021).

Це призводить до того, що якщо учасник надасть аналогічні договори, укладені лише протягом останніх трьох років, то його тендерна пропозиція може бути відхилена з Замовником з тих підстав, що учасником не підтверджено досвіду виконання аналогічних робіт за більший період, а саме: останні п'ять років.

Аналогічно, якщо у учасника є досвід виконання аналогічних робіт протягом останніх п'яти років, однак за договорами, укладеними не протягом останніх 3 років від дати, що передує даті оголошення закупівлі, Замовник також може відхилити тендерну пропозицію учасника.

Отже, умови тендерної документації є суперечливими та дискримінаційними, тоді як метою Закону України "Про публічні закупівлі" є забезпечення ефективного та прозорого здійснення закупівель, створення конкурентного середовища у сфері публічних закупівель, запобігання проявам корупції у цій сфері, розвиток добросовісної конкуренції.

Наявність порушених прав Скаржника обґрунтовується тим фактом, що ТОВ "СМУ ППА" бажає взяти участь у відповідній процедурі. При цьому, у Товариства наявні аналогічні договори підряду, що були укладені в періоді 2016 - 2017 рр., які учасник планує використати у якості підтвердження своєї відповідності кваліфікаційним критеріям.

Проте через суперечливу Оскаржувану вимогу Скаржник позбавлений впевненості у тому, що його пропозиція не буде відхилена через те, що надані договори укладені саме протягом 5 останніх років (а не протягом 3-х).

Відтак, зазначена суперечлива та дискримінаційна вимога Документації порушує права Скаржника та надає Замовнику можливість відхилити на власний розсуд будь-яку пропозицію, посилаючись, в залежності від необхідності, на той чи інший період (5 або 3 роки) укладення аналогічних договорів.

Замовник зазначає, що ним внесено зміни до Документації.

У ході ознайомлення із зазначеним питанням встановлено наступне.

Відповідно до пункту 3.1 розділу 3 Документації Пропозиція подається в електронному вигляді через електронну систему закупівель в електронному вигляді у форматі PDF (Portable Document Format). Документи скануються у кольоровому або ч/б вигляді. Кожен документ подається окремими файлами.

Відповідно до пункту 3.5 розділу 3 Документації при визначенні кваліфікаційних критеріїв у тендерній документації замовник керується переліком кваліфікаційних критеріїв, зазначених у статті 16 Закону.

Замовником зазначаються кваліфікаційні критерії до учасників відповідно до статті 16 Закону, вимоги, встановлені статтею 17 Закону, та інформація про спосіб документального підтвердження відповідності учасників встановленим критеріям та вимогам згідно із законодавством.

Перелік кваліфікаційних критеріїв та документів, які вимагаються Замовником для підтвердження відповідності пропозиції Учасника кваліфікаційним критеріям та іншим вимогам Замовника відповідно до статей 16, 17 Закону, визначений у Додатку 2.

ДОДАТОК 2 містить ПЕРЕЛІК ДОКУМЕНТІВ, ЯКІ ВИМАГАЮТЬСЯ ДЛЯ ПІДТВЕРДЖЕННЯ ВІДПОВІДНОСТІ ПРОПОЗИЦІЇ УЧАСНИКА КВАЛІФІКАЦІЙНИМ КРИТЕРІЯМ ТА ІНШИМ ВИМОГАМ ЗАМОВНИКА ВІДПОВІДНО ДО СТАТЕЙ 16, 17 ЗАКОНУ.

Даною тендерною документацією, у відповідності до вимог ст.16 Закону встановлено наступні кваліфікаційні критерії:

- Наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного (аналогічних) за предметом закупівлі договору (договорів).

1.3. Наявність документального підтвердження власного досвіду виконання аналогічного договору:

1.3.1. Учасник повинен надати скановану довідку про виконання власного аналогічного* договору (ів) протягом останніх 5 (п'яти) років (договір повинен бути укладений протягом останніх 3 років від дати, що передує даті оголошення закупівлі) за встановленою формою.

Згідно з інформацією, розміщеною на веб-порталі Уповноваженого органу, Замовником 06.09.2021 було внесено зміни до Документації та викладено в наступній редакції:

ДОДАТОК 2 містить ПЕРЕЛІК ДОКУМЕНТІВ, ЯКІ ВИМАГАЮТЬСЯ ДЛЯ ПІДТВЕРДЖЕННЯ ВІДПОВІДНОСТІ ПРОПОЗИЦІЇ УЧАСНИКА КВАЛІФІКАЦІЙНИМ КРИТЕРІЯМ ТА ІНШИМ ВИМОГАМ ЗАМОВНИКА ВІДПОВІДНО ДО СТАТЕЙ 16, 17 ЗАКОНУ.

Даною тендерною документацією, у відповідності до вимог ст.16 Закону встановлено наступні кваліфікаційні критерії:

- Наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного (аналогічних) за предметом закупівлі договору (договорів).

1.3. Наявність документального підтвердження власного досвіду виконання аналогічного договору:

1.3.1. Учасник повинен надати скановану довідку про виконання власного аналогічного* договору (ів) протягом останніх 5 (п'яти) років (договір повинен бути укладений протягом останніх 5 років від дати, що передує даті оголошення закупівлі) за встановленою формою.

Внесені до Документації зміни вказують на те, що Замовник усунув порушення, зазначені у Скарзі.

Відповідно до пункту 3 частини дванадцятої статті 18 Закону орган оскарження залишає скаргу без розгляду в разі, зокрема, якщо замовником відповідно до цього Закону усунуто порушення, зазначені в скарзі.

Відповідно до частини тринадцятої статті 18 Закону орган оскарження приймає рішення про припинення розгляду скарги в разі, якщо обставини, зазначені в пунктах 1-4 частини дванадцятої цієї статті, установлені органом оскарження після прийняття скарги до розгляду.

Таким чином, Колегія припиняє розгляд Скарги в цій частині.

2. Скаржник зазначає, що відповідно до умов Документації, а саме - для документального підтвердження інформації, наданої на вимогу пункту 1.3.1, Учасник повинен надати:

1) скановану копію листа-відгука від замовника, датований не більше місячної давнини до дати оголошення процедури закупівлі".

Скаржник звертає увагу на тому, що вимога про надання листа-відгуку, який повинен бути не більше місячної давнини до дати оголошення процедури закупівлі є дискримінаційною та такою, що не відповідає статті 16 Закону та створює для учасників додаткові перешкоди для участі у процедурі закупівлі, з огляду на наступне.

Як вбачається з п.п. 1.3.1. Замовник вимагає підтвердження аналогічного досвіду шляхом надання договорів, укладених за останні три/п'ять років. Натомість всупереч цьому вимагає надання лист-відгук замовника, датований не більше місячної давнини.

Тобто, за договором, який, виконувався п'ять років тому, Замовник вимагає надання відгуку місячної давності.

Насамперед, Скаржник зазначає, що не має можливості виконати дану дискримінаційну вимогу, оскільки у нього наявні відгуки, дата яких значно перевищує встановлену місячну давність. І це не дивно, адже роботи виконувалися ще в 2016-2017 рр.

Отримати відгуки "поточною" датою для Скаржника є доволі складним (а в деяких випадках навіть неможливим) заходом, оскільки з одного боку через зміну керівництва не всі замовники володіють детальною інформацією щодо виконаних у 2016-2017рр. договорів, а деякі замовники - знаходяться наразі на стадії ліквідації чи банкрутства (наприклад ТОВ "Лігос УА") і не можуть дати необхідні відгуки "свіжою" датою.

За таких обставин, взяти участь у Процедурі закупівлі зможуть лише ті учасники, які мають відгук від Замовника, виданого у межах місячної давності, що є дискримінацією по відношенню до інших суб'єктів господарювання, у тому числі, до Скаржника.

Так, Скаржник має позитивні відгуки від Замовників, але вони надані більш ранньою датою, аніж вимагається оскаржуваною вимогою, тому не можуть бути надані ним у складі Пропозиції

Скаржник на розгляд Колегії надав:

- Відгук від 15.12.2017 №16/04, в якому зазначається: "Дійсним ТОВ "ЛІГОС УА" підтверджує, що ТОВ "СМУ ППА" виконало зобов'язання за договором підряду № 10 від 19.12.2016 року на виконання будівельно-монтажних робіт в повному обсязі та своєчасно. Претензій до якості виконаних робіт Замовник не має";

- лист від 01.09.2021, від ТОВ "Спеціалізоване монтажне управління протипожежної автоматики", адресований ТОВ "ЛІГОС УА", в якому зазначається: 19.12.2016 року між ТОВ "СМУ ППА" та ТОВ "Лігос УА" було укладено Договір підряду № 10 на виконання будівельно-монтажних робіт.

ТОВ "СМУ ППА" виконаю умови договору в повному обсязі, про що зокрема, свідчать підписані між сторонами акти приймання-передачі виконаних робіт та позитивний лист- відгук, наданий ТОВ "Лігос УА" в 2017 році.

Замовник зазначає, що ним внесено зміни до тендерної документації, а саме - учасник повинен надати:

1) скановану копію листа-відгука від замовника, датований не більше трьохмісячної давнини до дати оголошення процедури закупівлі, який повинні містити.

У ході розгляду зазначеного питання встановлено наступне.

ДОДАТОК 2 містить ПЕРЕЛІК ДОКУМЕНТІВ, ЯКІ ВИМАГАЮТЬСЯ ДЛЯ ПІДТВЕРДЖЕННЯ ВІДПОВІДНОСТІ ПРОПОЗИЦІЇ УЧАСНИКА КВАЛІФІКАЦІЙНИМ КРИТЕРІЯМ ТА ІНШИМ ВИМОГАМ ЗАМОВНИКА ВІДПОВІДНО ДО СТАТЕЙ 16, 17 ЗАКОНУ.

Даною тендерною документацією, у відповідності до вимог ст.16 Закону встановлено наступні кваліфікаційні критерії:

- Наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічного (аналогічних) за предметом закупівлі договору (договорів).

Для документального підтвердження інформації, наданої на вимогу пункту 1.3.1, Учасник повинен надати:

1) скановану копію листа-відгука від замовника, датований не більше місячної давнини до дати оголошення процедури закупівлі.

Згідно з інформацією, розміщеною на веб-порталі Уповноваженого органу, Замовником 06.09.2021 було внесено зміни до Документації та викладено в наступній редакції:

Для документального підтвердження інформації, наданої на вимогу пункту 1.3.1, Учасник повинен надати:

1) скановану копію листа-відгука від замовника, датований не більше трьохмісячної давнини до дати оголошення процедури закупівлі.

Замовник не обґрунтував встановлення у Документації вищенаведеної умови у вказаній редакції.

За таких умов, взяти участь у Процедурі закупівлі зможуть лише ті учасники, що зможуть надати скановану копію листа-відгука від замовника, датований не більше трьохмісячної давнини до дати оголошення процедури закупівлі, що є дискримінаційним по відношенню до інших учасників, у тому числі, Скаржника.

Частиною першою статті 5 Закону визначено, що закупівлі здійснюються, зокрема, за принципом недискримінації учасників, відкритості та прозорості на всіх стадіях закупівель.

Згідно з частиною четвертою статті 5 Закону замовники не мають права встановлювати жодних дискримінаційних вимог до учасників.

Частиною четвертою статті 22 Закону передбачено, що тендерна документація не повинна містити вимог, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників, а також вимог щодо документального підтвердження інформації про відповідність вимогам тендерної документації, якщо така інформація є публічною, що оприлюднена у формі відкритих даних згідно із Законом України "Про доступ до публічної інформації" та/або міститься у відкритих єдиних державних реєстрах, доступ до яких є вільним.

Дії Замовника в частині встановлення у Документації наведених вище вимог порушують вимоги частини четвертої статті 5 та частини четвертої статті 22 Закону, якими передбачена недискримінація учасників, а також права та законні інтереси Скаржника, пов'язані з його участю у Процедурі закупівлі, та принципи недискримінації учасників, відкритості та прозорості на всіх стадіях закупівель, передбачені частиною першою статті 5 Закону.

Враховуючи вище викладене, Замовник повинен усунути наведені вище невідповідності шляхом внесення відповідних змін до Документації в цій частині.

Враховуючи інформацію, наведену в мотивувальній частині рішення, Замовником вчинено порушення, які можуть бути усунені шляхом внесення відповідних змін до Документації.

Відповідно до частини вісімнадцятої статті 18 Закону за результатами розгляду скарги орган оскарження має право прийняти рішення про встановлення або відсутність порушень процедури закупівлі (у тому числі порушення порядку оприлюднення або неоприлюднення інформації про закупівлі, передбаченої цим Законом) та про заходи, що повинні вживатися для їх усунення, зокрема зобов'язати замовника повністю або частково скасувати свої рішення, надати необхідні документи, роз'яснення, усунути будь-які дискримінаційні умови (у тому числі ті, що зазначені в технічній специфікації, яка є складовою частиною тендерної документації), привести тендерну документацію у відповідність із вимогами законодавства, або за неможливості виправити допущені порушення відмінити процедуру закупівлі.

Враховуючи наведене в мотивувальній частині цього рішення, права та законні інтереси Скаржника можуть бути захищені шляхом зобов'язання Замовника внести відповідні зміни до Документації з метою усунення порушень, зазначених у мотивувальній частині цього рішення.

Орган оскарження розглядає скаргу та приймає рішення на її підставі в межах одержаної за скаргою інформації та інформації, розміщеної в електронній системі закупівель, виходячи з положень частини шістнадцятої статті 18 Закону.

Наведені вище обставини свідчать про наявність підстав для задоволення Скарги частково.

Враховуючи викладене, керуючись статтею 18 Закону України "Про публічні закупівлі", Постійно діюча адміністративна колегія Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель.

ПОСТАНОВИЛА:

Зобов'язати Комунальну корпорацію "Київавтодор" внести зміни до тендерної документації за процедурою закупівлі – "Реконструкція дощової каналізації на проспекті Броварському від вул. Митрополита Андрея Шептицького (вул. Луначарського) до мосту Метро через Русанівську протоку в Дніпровському районі (І-ша черга будівництва)", оголошення про проведення якої оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу за № UA-2021-08-06-003238-а, з метою усунення порушень, які викладені у мотивувальній частині рішення.

Рішення може бути оскаржене до суду у встановлений Законом строк.

Голова Колегії

І. КОПАЙГОРА

Члени Колегії

Б. ГОРОБЕЦЬ

С. ТИЩИК