

**ПРОТОКОЛ
ЩОДО ПРИЙНЯТТЯ РІШЕННЯ УПОВНОВАЖЕНОЮ ОСОБОЮ**

«29» 11 2021 р.

№ 159

м. Тернопіль

Керуючись вимогами статті 4 та 11 Закону України «Про публічні закупівлі» (далі – Закон), «Положенням про уповноважену особу з питань організації та проведення закупівель товарів, робіт і послуг університету (за умови що вартість предмета закупівлі товару (товарів), послуги (послуг) дорівнює або перевищує 200 тисяч гривень, а робіт – 1,5 мільйона гривень) у Тернопільському національному педагогічному університеті імені Володимира Гнатюка», що затверджене наказом ректора Тернопільського національного педагогічного університету імені Володимира Гнатюка від 02.02.2021 р. № 30

Присутні: Богоніс Наталія Михайлівна – керівник відділу державних закупівель, уповноважена особа;

Запрошені: Генсерук Віктор Анатолійович – начальник обчислювального центру, експерт та відповідальний за відповідність закупівлі **Моноблок**; код ДК 021:2015 – 30210000-4 – Машини для обробки даних (апаратна частина) (UA-2021-11-23-004117-b) умовам технічної специфікації та іншим вимогам щодо предмета закупівлі тендерної документації.

ПОРЯДОК ДЕННИЙ

1. Розгляд вимоги щодо тендерної документації на закупівлю за предметом – **Моноблок**; код ДК 021:2015 – 30210000-4 – Машини для обробки даних (апаратна частина) (UA-2021-11-23-004117-b).

2. Внесення змін до тендерної документації закупівлі за предметом **Моноблок**; код ДК 021:2015 – 30210000-4 – Машини для обробки даних (апаратна частина) (UA-2021-11-23-004117-b).

1. 25.11.2021 р. на веб-порталі Уповноваженого органу було оприлюднено вимогу щодо процедури закупівлі за предметом – **Моноблок**; код ДК 021:2015 – 30210000-4 – Машини для обробки даних (апаратна частина) (UA-2021-11-23-004117-b) «**Дискримінаційна вимога**»:

«Тендерна документація містить наступну дискримінаційну вимогу: технічне (сервісне) обслуговування техніки у власних сервісних центрах або за договором на сервісне обслуговування.

1. Наголошуємо, що гарантійне обслуговування має проводити лише в авторизованих сервісних центрах. Будь який ремонт, який здійснюється поза авторизованого сервісного центру – автоматично анулює гарантію від виробника. Тому дана вимога – є не обґрунтованою та такою, що суперечить правилам здійснення гарантійного обслуговування або прописана під конкретного учасника.

Окремо звертаємо увагу на рішення Постійно діючої адміністративної колегії Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері публічних закупівель за № 4521 -р/пк-пз від 15.04.2019 (може бути перевірено на сторінці закупівлі UA-2019-03-14-000597-a за посиланням <https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2019-03-14-000597-a>) та № 4534 -р/пк-пз від 15.04.2019 (може бути перевірено на сторінці закупівлі UA-2019-03-15-000266-c за посиланням

<https://prozorro.gov.ua/tender/UA-2019-03-15-000266-c>), якими визнано дискримінаційними вимоги щодо надання листа від виробника запропонованого обладнання, який підтверджує повноваження учасника щодо розповсюдження товарів цього виробника, оскільки за висновком органу оскарження вказані вимоги є дискримінаційним по відношенню до інших суб'єктів господарювання, так як за таких умов, взяти участь у Процедурі закупівлі зможуть лише ті суб'єкти господарювання, які мають договірні тощо стосунки саме з виробником.

2. Головним принципом підприємницької діяльності згідно П.1 Ст. 44.ГКУ є вільний вибір підприємцем видів підприємницької діяльності; самостійного формування підприємцем програми діяльності, вільного вибору постачальників продукції, залучення матеріально-технічних, фінансових та інших видів ресурсів, використання яких не обмежено законом. Відповідно до п.2. Ст. 43 ГКУ та п. 2 ст. 3 Закону України № 698-ХІІ «Про підприємництво» — Редакції від 29.01.2020 року, особливості здійснення окремих видів підприємництва встановлюються законодавчими актами.

Стаття 19. Конституції України проголошує: правовий порядок в Україні ґрунтується на засадах, відповідно до яких ніхто не може бути примушений робити те, що не передбачено законодавством. Пункт 11.ст 26 Закону України «Про публічні закупівлі», стверджує: документи, що не передбачені законодавством для учасників - юридичних, фізичних осіб, у тому числі фізичних осіб - підприємців, не подаються ними у складі тендерної пропозиції. Відсутність документів, що не передбачені законодавством для учасників - юридичних, фізичних осіб, у тому числі фізичних осіб - підприємців, у складі тендерної пропозиції, не може бути підставою для її відхилення замовником.

У ст. 15 Закону України № 2210-III «Про захист економічної конкуренції», — Редакції від 13.02.2020 року зазначено: не передбачені законами України заборони та обмеження самостійності підприємств, у тому числі щодо придбання чи реалізації товарів,визначаються антиконкурентними узгодженими діями органів влади, органів місцевого самоврядування, органів адміністративно-господарського управління та контролю, згідно п.3. ч. 2 Ст 6. антиконкурентними узгодженими діями суб'єктів господарювання, зокрема, визнаються узгоджені дії, які стосуються: розподілу ринків чи джерел постачання за колом продавців, що відповідно Ст 50. є порушенням законодавства про захист економічної конкуренції.

Частиною 4 статті 22 Закону України "Про здійснення державних закупівель" передбачено, що тендерна документація не повинна містити вимог, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників. Відповідно ч. 3. ст. 5 Закону України «Про публічні закупівлі», Замовник не може встановлювати дискримінаційні вимоги до Учасників.

Нинішні умови закупівлі є дискримінаційною та неправомірною вимогою і суперечить положенням ст. 3 Закону України «Про публічні закупівлі» № 922-VIII від 25.12.2015р. (зі змінами). Згідно загальних принципів господарювання за ст. 6 Господарського кодексу України та ст. 627 Цивільного кодексу України, суб'єкт господарювання вільний у виборі контрагентів за договорами для досягнення своїх господарських цілей та отримання прибутку. Встановлення вимоги щодо власного сервісного центру або надання договору з сервісним центром в м. де розташований Замовник обмежує коло можливих учасників закупівлі лише тими, що мають

безпосередні правовідносини та дискримінує тих потенційних учасників, хто таких відносин на пряму із підприємствами не мають.

Відповідно до ч. 1 ст. 43 ГК України, підприємці мають право без обмежень самостійно здійснювати будь-яку підприємницьку діяльність, яку не заборонено законом. Діюче законодавство не містить обмежень щодо участі у відкритих торгах, спрощеної процедури виробників, посередників, фізичних-осіб підприємців, торговців товарами, в той же час виробники товарів не обмежені в можливості здійснювати торгівлю іншими товарами

Замовник зобов'язаний забезпечити вільний доступ потенційних учасників до інформації про закупівлю та можливість взяти участь у аукціоні.

Таким чином ви дискримінуєте учасників за територіальною ознакою, виключаєте можливість реальної конкуренції, штучно обмежуєте коло потенційних учасників. Встановлені Замовником в тендерній документації вимоги суперечать принципам публічних закупівель та підпадає під ознаки дискримінації суб'єктів господарювання згідно ст. 31 Господарського кодексу України.

Статтю 42 Конституції України встановлено, що держава забезпечує захист конкуренції у підприємницькій діяльності. Не допускаються зловживання монопольним становищем на ринку, неправомірне обмеження конкуренції та недобросовісна конкуренція. Згідно із ч.5 ст.13 Цивільного кодексу України, не допускаються використання цивільних прав з метою неправомірного обмеження конкуренції, зловживання монопольним становищем на ринку, а також недобросовісна конкуренція. Усунення дискримінаційної вимоги сприятиме конкуренції серед учасників та максимальній економії коштів, тож просимо Замовника внести зміни до тендерної документації і викласти вимогу в новій редакції, забезпечивши можливість брати участь у закупівлі усім учасникам надавши гарантійний лист та вказавши адреси авторизованих сервісних центрів виробника в Україні або інформацію про сервісний центр, яка зазначена на офіційному сайті виробника.»

Згідно Закону Замовник повинен протягом трьох робочих днів з дня їх оприлюднення надати роз'яснення на звернення та оприлюднити його в електронній системі закупівель відповідно до статті 10 Закону.

Генсерук Віктор Анатолійович, експерт та відповідальний за відповідність закупівлі Моноблок; код ДК 021:2015 – 30210000 4 – Машини для обробки даних (апаратна частина) (UA-2021-11-23-004117-b) умовам технічної специфікації та іншим вимогам щодо предмета закупівлі тендерної документації, надав наступне роз'яснення:

«Товар, який планується придбати у процедурі закупівлі, буде використовуватися щоденно під час навчального процесу. В умовах епідеміологічної ситуації з COVID-19 навчальний процес університету потребує постійного застосування комп'ютерної техніки, тому у випадку технічних неполадок товару це негативно вплине на процес навчання. Виходячи із вищесказаного, у випадку значної віддаленості сервісного центру від адреси розташування Замовника та використання послуг перевізників термін гарантійного ремонту буде значно більшим. Тому вважаємо, що вимога про наявність сервісного центру в м. Тернопіль не є дискримінаційною, а вкрай необхідною для функціонування діяльності замовника та забезпечення нормального перебігу навчального процесу.

Відповідно до ч.3 ст.22 Закону України «Про публічні закупівлі» тендерна документація може містити іншу інформацію, вимоги щодо наявності якої передбачені

законодавством та яку Замовник вважає за необхідне включити до тендерної документації.

Крім того, Порядком гарантійного ремонту (обслуговування) або гарантійної заміни технічно складних побутових товарів, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 11 квітня 2002 року №506 (далі – Порядок) регулюються відносини між споживачами, які придбають технічно складні побутові товари для власних побутових потреб, та їх виробниками, продавцями і виконавцями робіт з гарантійного ремонту (обслуговування) або гарантійної заміни товарів. Враховуючи зміст пункту 2 Порядку, товар, що планує придбати Замовник, належить до технічно складних побутових товарів.

Гарантійне обслуговування полягає у тому, що виробник (продавець, виконавець) протягом гарантійного терміну зобов'язується організувати, якщо це передбачено експлуатаційним документом, роботи із спеціальної установки (підключення) товару чи його складання та технічного обслуговування. Роботи з гарантійного ремонту (обслуговування) виконуються для споживача безоплатно. Виробник (продавець, виконавець) забезпечує нормальну роботу (застосування, використання) товару, у тому числі комплектуючих виробів, протягом гарантійного терміну (п.3 Порядку).

Як відомо, після укладання договору за результатами публічної закупівлі, у Замовника та Учасника виникають відповідні права та обов'язки. Зобов'язання щодо виконання гарантійного обслуговування товару, що закуповується, буде покладено саме на Учасника-переможця, з яким буде укладено відповідний договір. Відповідно до ч. 1 ст. 510 Цивільного кодексу України, сторонами у зобов'язанні є боржник і кредитор. За загальним правилом, відповідно до ст. 511 Цивільного кодексу України, зобов'язання не створює обов'язку для третьої особи. Змістом оприлюдненого проекту договору у закупівлі UA-2021-11-23-004117-b, не передбачено можливості укладення договору між замовником та учасником-переможцем, який створить обов'язки для третіх осіб - сервісних центрів, контрагентів учасника-переможця, з огляду на те, що положеннями Закону України «Про публічні закупівлі» не передбачено можливості укладення тристороннього чи багатостороннього договору, сторонами якого, крім замовника та учасника-переможця були б треті особи. З вищевказаного вбачається, що замовник, за наслідками процедури закупівлі, проведеної відповідно до положень Закону України «Про публічні закупівлі», не може укласти договір, який створить обов'язки для третіх осіб (контрагентів учасника-переможця). З урахуванням приписів законодавства сторона-покупець звертається саме до продавця за гарантійним обслуговуванням, який і несе відповідальність у випадку неналежного виконання послуг з гарантійного обслуговування та ремонту відповідно до положень договору.

Отже, у тендерній документації не створено перешкод для залучення учасником-переможцем субпідрядних організацій для фактичного здійснення гарантійного ремонту, щодо якого замовник звернувся з цього приводу до учасника-переможця.

Таким чином, замовник має право передбачати надання йому Учасником підтвердження у складі тендерної документації про наявність власного сервісного центру у м. Тернополі для здійснення гарантійного обслуговування, або договору про співпрацю Учасника з таким існуючим центром сервісної підтримки, і це не є обмеження конкуренції та недобросовісної конкуренції. Враховуючи вищевикладене, Ваша вимога задоволенню не підлягає.

ВИРІШИЛА:

1. Надати дану відповідь на звернення (вимогу) щодо усунення порушення у тендерній документації.

2. Оприлюднити через авторизований електронний майданчик в електронну систему закупівель роз'яснення на звернення у порядку, передбаченому ст. 10 Закону.

2. Замовник має право з власної ініціативи або у разі усунення порушень законодавства у сфері публічних закупівель, викладених у висновку органу державного фінансового контролю відповідно до статті 8 Закону, або за результатами звернень, або на підставі рішення органу оскарження внести зміни до тендерної документації. У разі внесення змін до тендерної документації строк для подання тендерних пропозицій продовжується замовником в електронній системі закупівель таким чином, щоб з моменту внесення змін до тендерної документації до закінчення кінцевого строку подання тендерних пропозицій залишалось не менше семи днів.

Зміни, що вносяться замовником до тендерної документації, розміщуються та відображаються в електронній системі закупівель у вигляді нової редакції тендерної документації додатково до початкової редакції тендерної документації. Замовник разом із змінами до тендерної документації в окремому документі оприлюднює перелік змін, що вносяться.

ВИРІШИЛА:

1. Внести зміни до тендерної документації закупівлі за предметом – **Моноблок**; код ДК 021:2015 – 30210000-4 – Машини для обробки даних (апаратна частина) (UA-2021-11-23-004117-b) (перелік змін та нова редакція тендерної документації додаються).

2. Оприлюднити через авторизований електронний майданчик в електронну систему закупівель зміни до тендерної документації у порядку, передбаченому ст. 10 Закону.

Уповноважена особа

Н. М. Богоніс

Експерт та відповідальний
за відповідність закупівлі

В. А. Генсерук