



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

вул. Урицького, 45, м. Київ-35, 03680, тел.: (044) 594-64-12, факс: (044) 520-10-42
<http://www.amc.gov.ua>, код ЄДРПОУ 00032767

№ 919-р/пк-ск від 06.08.2014

вих. лист від

№

Товариство з обмеженою
відповідальністю "Тепло-Холдинг"
вул. Ак. Сахарова, 82/82, м. Львів, 79026

Комунальне підприємство "Бершадське
житлово-комунальне господарство"
вул. Картвелішвілі, 44, м. Бершадь,
Вінницька обл., 24400

Уповноважений орган з питань державних
закупівель

Державна казначейська служба України

РІШЕННЯ

Постійно діюча адміністративна колегія Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері державних закупівель (надалі – Колегія), розглянувши скаргу товариства з обмеженою відповідальністю "Тепло-Холдинг" (надалі – Скаржник, ТОВ "Тепло-Холдинг") від 11.07.2014 № 1 (зарєєстровану в Комітеті 14.07.2014 за № 8-20/1578-ДЗ) (надалі – Скарга) щодо встановлення комунальним підприємством "Бершадське житлово-комунальне господарство" (надалі – Замовник) дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів на закупівлю – "05.10.1. Вугілля кам'яне" [оголошення № 127927, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу, бюлетень від 03.06.2014 № 14 (03.06.2014)] (надалі – Процедура закупівлі),

ВСТАНОВИЛА:

Скаржник повідомляє про встановлення Замовником дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів та просить:

- прийняти Скаргу до розгляду;

- призупинити Процедуру закупівлі;
- зобов'язати Замовника внести зміни до документації конкурсних торгів.

Рішенням Колегії від 14.07.2014 № 775-р/пк-ск Скарга була прийнята до розгляду та призупинена Процедура закупівлі на строк до винесення рішення за Скаргою.

У відповідь на запит Колегії від 14.07.2014 № 20-29.3/06-1959-дз, Замовник листом від 21.07.2014 б/н (zareestrovanim у Комітеті 25.07.2014 за № 8-20/1703-ДЗ) надав копії документів та пояснення по суті Скарги.

У ході розгляду Скарги та наданих Замовником документів, які стосуються проведення ним Процедури закупівлі, Колегією встановлено наступне.

ТОВ "Тепло-Холдинг" повідомило, що під час підготовки пропозиції конкурсних торгів виявило, що вимоги документації конкурсних торгів не відповідають нормам чинного законодавства України та є суперечливими між собою.

1. За словами Скаржника, документацією конкурсних торгів передбачене надання учасником Процедури закупівлі у складі пропозиції конкурсних торгів копій не менш, ніж п'яти виконаних (частково виконаних) аналогічних договорів, які вказані у Довідці.

Як зауважив Скаржник, документацією передбачено, що досвід виконання аналогічних договорів має бути виключно позитивним, тобто, договори мали бути виконані своєчасно, постачання здійснено в повному обсязі, якісного товару та зауважень (претензій) щодо виконаних договорів від контрагентів не надходили.

Скаржник вважає, що надання частково виконаного аналогічного договору не узгоджується із зазначеними у попередньому абзаці вимогами документації конкурсних торгів.

На думку Скаржника, Замовник повинен внести зміни до документації конкурсних торгів та виключити вимогу, що досвід виконання договорів має бути виключно позитивним, тобто договори виконувалися своєчасно, постачання здійснювалося в повному обсязі, якісного товару, та зауваження (претензії) щодо виконання договорів від контрагентів не надходили.

Замовник вважає вказані вимоги документації конкурсних торгів законними та такими, що не можуть негативно вплинути на господарську діяльність Скаржника, оскільки Замовник не має права і жодним чином не втручається в його господарську діяльність.

Як зазначив Замовник, йому надано право самостійно визначати спосіб документального підтвердження відповідності учасників встановленим кваліфікаційним критеріям, що комітет з конкурсних торгів і здійснив під час затвердження документації конкурсних торгів.

За інформацією Замовника, документацією конкурсних торгів вимагається підтвердження факту виконання договорів, а не лише факт їх укладення, а тому і потрібно зазначати в довідці стан і своєчасність виконання цих договорів. Якщо учасник ще не знає, який в нього буде досвід за договорами, які він уклав, то це підтверджує лише те, що ці договори ще не виконані, а будуть виконуватися в майбутньому. За таких обставин цей учасник може підтвердити факт укладення договорів, а не їх виконання, а тому він не буде відповідати встановленим статтею 16 Закону України "Про здійснення державних закупівель" від 10.04.2014 № 1197-VII (надалі – Закон) і документацією конкурсних торгів кваліфікаційним критеріям.

Замовник повідомив, що відповідно до вимог Цивільного кодексу України договір про закупівлю товарів, робіт та послуг може бути і частково виконаним за згодою сторін, про що укладається додаткова угода, зокрема, на зменшення кількості та суми договору. Підписання сторонами даної додаткової угоди не може свідчити про неналежне, несвоєчасне його виконання чи виконання його в неповному обсязі, так як відповідно до заявок та потреб замовника вугілля учасником було поставлено у строки та на умовах, передбачених

договором відповідно до передбаченого фінансування. Також даний факт може бути підтверджений відгуком до договору, в якому замовник зазначає всі вимоги, передбачені в пункті 6 розділу III документації конкурсних торгів.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією було встановлено наступне.

Відповідно до частини другої статті 16 Закону замовник може встановлювати такі кваліфікаційні критерії:

- наявність обладнання та матеріально-технічної бази;
- наявність працівників відповідної кваліфікації, які мають необхідні знання та досвід;
- наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічних договорів;
- наявність фінансової спроможності (баланс, звіт про фінансові результати, звіт про рух грошових коштів, довідка з обслуговуючого банку про відсутність (наявність) заборгованості за кредитами).

Абзацом першим частини третьої статті 16 Закону передбачено, що визначені замовником згідно з цією статтею кваліфікаційні критерії та перелік документів, що підтверджують інформацію учасників або учасників попередньої кваліфікації про відповідність їх таким критеріям, зазначаються в документації конкурсних торгів або кваліфікаційній документації та вимагаються під час проведення переговорів з учасником (у разі застосування переговорної процедури закупівлі).

Пунктом 6 розділу III документації конкурсних торгів, затвердженої протокольным рішенням комітету з конкурсних торгів Замовника від 23.05.2014 № 2/ВК/ВТ/14, зі змінами, затвердженими протокольным рішенням комітету з конкурсних торгів Замовника від 27.06.2014 № 4/ВК/ВТ/14, (надалі – Документація) встановлений такий кваліфікаційний критерій, як "наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічних договорів", на підтвердження якого учасники Процедури закупівлі повинні надати наступні документи:

"1. Довідку у довільній формі, за підписом керівника, скріплена печаткою Учасника, з зазначенням всіх договорів на поставку вугілля кам'яного, переліку організацій (замовників) з адресами та контактними телефонами, сум договорів та стану виконання, в тому числі своєчасності виконання цих договорів, які укладені в 2011-2013 роках (а для новостворених учасників за весь період від моменту їх державної реєстрації).

2. Не менше ніж п'ять будь-яких копій виконаних (частково виконаних) аналогічних договорів, що вказані в довідці, разом з копіями документів, що згідно чинного законодавства надавались учасником для підтвердження якості вугілля згідно поставлених партій по таких аналогічних договорах".

Вказаний вище пункт містить оцінку відповідності поданого документу вимогам Документації, а саме:

"Щодо пункту 1: відповідає, якщо учасником зазначено перелік всіх виконаних (частково виконаних) аналогічних договорів. Аналогічними договорами в розумінні цієї документації є договори на постачання вугілля кам'яного.

Досвід виконання договорів за вказаний період має бути виключно позитивним, тобто договори виконувались своєчасно, постачання здійснювалося в повному обсязі, якісного товару, та зауваження (претензії) щодо виконання договорів від контрагентів не надходили.

Щодо пункту 2: відповідає, якщо учасником надано у складі пропозиції конкурсних торгів копії аналогічних договорів, з переліку, визначеного згідно довідки про досвід виконання аналогічних договорів, разом з копіями документів, що згідно чинного законодавства надавались учасником при виконання договору поставки щодо всього обсягу поставленого вугілля, якими підтверджувалась якість цього товару (якісні посвідчення, накладні та/або акти приймання передачі товару)".

Скаржником не доведено та документально не підтверджено, яким чином вказані вище вимоги Документації (в частині наявності позитивного досвіду) порушують його права, пов'язані з участю у Процедурі закупівлі, та перешкоджають подати свою позицію конкурсних торгів.

Отже, враховуючи викладене вище, у Колегії відсутні підстави для задоволення Скарги у цій частині.

2. ТОВ "Тепло-Холдинг" повідомило, що Документацією передбачене надання не менш, ніж п'яти аналогічних договорів.

На думку Скаржника, вказані вимоги є дискримінаційними, оскільки стаття 16 Закону не містить вимог, що учасник повинен підтвердити наявність досвіду виконання аналогічних договорів шляхом надання певної кількості договорів.

Скаржник вважає, що досвід може бути підтверджений двома виконаними аналогічними договорами.

ТОВ "Тепло-Холдинг" вважає вказані вимоги Документації такими, що суперечать Закону.

У своїх поясненнях Замовник повідомив, що визначив у Документації спосіб підтвердження відповідності такому кваліфікаційному критерію, як "досвід виконання аналогічних договорів", відповідно до статті 16 Закону та встановив вимогу щодо надання не менше, ніж п'ять копій аналогічних договорів.

Колегією у ході розгляду зазначеного питання було встановлено наступне.

Пунктом 6 розділу III Документації передбачено, що учасники процедури закупівлі повинні надати, зокрема: "не менше ніж п'ять будь-яких копій виконаних (частково виконаних) аналогічних договорів, що вказані в довідці, разом з копіями документів, що згідно чинного законодавства надавались учасником для підтвердження якості вугілля згідно поставлених партій по таких аналогічних договорах".

Вказана вимога містить оцінку відповідності поданого документу вимогам Документації, а саме:

"Щодо пункту 2: відповідає, якщо учасником надано у складі пропозиції конкурсних торгів копії аналогічних договорів, з переліку, визначеного згідно довідки про досвід виконання аналогічних договорів, разом з копіями документів, що згідно чинного законодавства надавались учасником при виконання договору поставки щодо всього обсягу поставленого вугілля, якими підтверджувалась якість цього товару (якісні посвідчення, накладні та/або акти приймання передачі товару)".

Замовник не обґрунтував встановлення у Документації зазначених вимог.

У свою чергу, участь у Процедурі закупівлі не зможуть прийняти учасники, які мають меншу кількість аналогічних договорів, що є дискримінацією по відношенню до потенційних учасників, у тому числі, Скаржника.

Отже, дії Замовника в частині встановлення зазначених вище умов Документації, є такими, що порушують принципи здійснення закупівель, встановлені статтею 3 Закону, а саме – недискримінація учасників, добросовісна конкуренція серед учасників.

Таким чином, Замовник, з урахуванням наведеної вище інформації, повинен внести зміни до Документації у цій частині.

3. Як зазначає Скаржник, Документацією передбачено, що вищевказана вимога (щодо підтвердження наявності досвіду виконання аналогічних договорів) вважається такою, що відповідає умовам Документації, якщо: "учасником надано у складі пропозиції конкурсних торгів копії аналогічних договорів, з переліку, визначеного згідно довідки про досвід виконання аналогічних договорів, разом з копіями документів, що згідно чинного законодавства надавались учасником при виконання договору поставки щодо всього обсягу поставленого вугілля, якими підтверджувалась якість цього товару (якісні посвідчення, накладні та/або акти приймання передачі товару)".

ТОВ "Тепло-Холдинг" вважає, що встановлення вимоги стосовно надання підтверджуючих документів до аналогічних договорів, таких, як якісні посвідчення, накладні та/або акти приймання передачі товару, дискримінує тих учасників, які згідно з чинним законодавством та відповідно до самих умов аналогічних договорів не зобов'язані

оформляти документи, якими підтверджувалась якість цього товару (якісні посвідчення, накладні та/або акти приймання передачі товару).

За інформацією Скаржника, він має декілька укладених договорів, однак, оскільки чинне законодавство не зобов'язує під час укладення договору оформляти інші документи, а самими договорами це також не передбачено, без наявності правових підстав ТОВ "Тепло-Холдинг" не може виконати вищенаведену вимогу Документації та подати у складі пропозиції конкурсних торгів якісні посвідчення, накладні та/або акти приймання передачі товару.

Як зазначив Скаржник, пунктом 7.10 Стандарту визначено, що під час укладання договору на постачання вугілля для побутових потреб повинен бути представлений сертифікат генетичних, технологічних та якісних характеристик, що містить основні та додаткові параметри кодифікації вугілля середнього та високого рангів згідно з ГОСТ 30313 та Міжнародною системою кодифікації. Термін дії сертифіката генетичних, технологічних та якісних характеристик – чотири роки.

На думку Скаржника, вимога щодо надання разом з копіями аналогічних договорів копій документів, якими підтверджувалась якість цього товару (якісні посвідчення, накладні та/або акти приймання передачі товару) обмежує коло потенційних учасників та унеможлиблює їх участь у Процедурі закупівлі.

Замовник повідомив, що згідно з порядком ведення бухгалтерського та податкового обліку під час виконання договорів на поставку чи продаж товарів обов'язково оформляються документи, що засвідчують факт їхньої передачі іншій стороні, а це можуть бути і накладні і акти приймання-передачі товару тощо. Такі документи є в будь-якої особи, яка має відповідний досвід виконання аналогічних договорів, а тому і жодним чином не дискримінує ТОВ "Тепло-Холдинг".

Як зазначив Замовник, пункт 7.10 ДСТУ 7146:2010 "Вугілля кам'яне та антрацит для побутових, потреб" передбачає, що постачальником під час укладення договору на постачання вугілля повинен бути представлений сертифікат генетичних, технологічних та якісних характеристик на вугілля. Отже, сертифікат на вугілля може підтвердити лише факт укладення учасником договору, але не його виконання.

Замовник повідомив, що відповідно до пункту 7.3 ДСТУ 7146:2010 "Вугілля кам'яне та антрацит для побутових потреб" на кожную партію вугілля для відправлення та постачання повинно бути оформлене посвідчення про якість, а пунктом 7.4 цього стандарту, передбачено, що має бути зазначено у посвідченні якості.

На думку Замовника, факт виконання учасником аналогічних договорів на поставку вугілля кам'яного може бути підтверджений саме копіями посвідчень якості, що надавалися ним своїм контрагентам в ході виконання цих договорів. Відсутність у будь-якої особи посвідчень якості на вугілля свідчить про відсутність в такій особі досвіду виконання аналогічних договорів щодо належної поставки товару за цими договорами.

Замовник вважає, що вказані вимоги Документації права потенційних учасників процедури закупівлі не порушують та не є дискримінаційними, оскільки вони однакові для всіх учасників Процедури закупівлі.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією було встановлено наступне.

Пунктом 6 розділу III Документації передбачено, що учасники процедури закупівлі повинні надати, зокрема: "не менше ніж п'ять будь-яких копій виконаних (частково виконаних) аналогічних договорів, що вказані в довідці, разом з копіями документів, що згідно чинного законодавства надавалися учасником для підтвердження якості вугілля згідно поставлених партій по таких аналогічних договорах".

Вказана вимога містить оцінку відповідності поданого документу вимогам Документації, а саме:

"Щодо пункту 2: відповідає, якщо учасником надано у складі пропозиції конкурсних торгів копії аналогічних договорів, з переліку, визначеного згідно довідки про досвід виконання аналогічних договорів, разом з копіями документів, що згідно чинного

законодавства надавались учасником при виконання договору поставки щодо всього обсягу поставленого вугілля, якими підтверджувалась якість цього товару (якісні посвідчення, накладні та/або акти приймання передачі товару)".

Пунктом 7.10 ДСТУ 7146:2010 "Вугілля кам'яне та антрацит для побутових, потреб" передбачено, що постачальником під час укладення договору на постачання вугілля повинен бути представлений сертифікат генетичних, технологічних та якісних характеристик на вугілля.

Згідно з пунктом 7.3 ДСТУ 7146:2010 "Вугілля кам'яне та антрацит для побутових потреб" на кожен партію вугілля для відправлення та постачання повинно бути оформлене посвідчення про якість.

Таким чином, твердження Скаржника про те, що законодавством не передбачено необхідності надання посвідчення якості, не знайшло свого підтвердження.

Скаржник зазначає про неможливість надання якісних посвідчень, накладних та/або актів приймання-передачі товару.

Підтвердження наведеної вище інформації Скаржник не надав.

Також, Скаржник документально не підтвердив свою неспроможність взяти участь у Процедурі закупівлі через наведені вище вимоги Документації.

Отже, у Колегії відсутні підстави для задоволення Скарги у цій частині.

Частиною третьою статті 22 Закону передбачено, що документація конкурсних торгів не повинна містити вимог, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників.

Дії Замовника (в частині встановлення зазначених у пункті 2 мотивувальної частини цього рішення умов Документації) порушують вимоги частини третьої статті 22 Закону та принципи здійснення закупівель, визначені статтею 3 Закону, а саме – недискримінація учасників, добросовісна конкуренція серед учасників.

Таким чином, Замовник, з урахуванням наведеної вище інформації, повинен внести відповідні зміни до Документації.

Враховуючи викладене, Колегію встановлено, що Замовник вчинив порушення, які можуть бути усунені шляхом зобов'язання Замовника внести зміни до документації конкурсних торгів.

Відповідно до частини десятої 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 державні закупівлі, передбаченої цим Законом) та про заходи, що повинні вживатися для їх усунення, зокрема зобов'язати замовника, генерального 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 документації з конкурсних торгів, кваліфікаційної документації), привести документацію конкурсних торгів (кваліфікаційну документацію, запит цінкових пропозицій) у відповідність із вимогами законодавства, або за неможливості виправити допущені порушення відмінити процедуру закупівлі.

Орган оскарження розглядає скаргу та приймає рішення в межах одержаної за скаргою інформації, виходячи з положень абзацу третього частини одинадцятої статті 18 Закону.

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

Враховуючи викладене, керуючись частиною третьою статті 8, статтею 18 Закону України "Про здійснення державних закупівель", Постійно діюча адміністративна колегія

Антимонопольного комітету України з розгляду скарг про порушення законодавства у сфері державних закупівель

ПОСТАНОВИЛА:

Зобов'язати комунальне підприємство "Бершадське житлово-комунальне господарство" внести зміни до документації конкурсних торгів процедури закупівлі на закупівлю – "05.10.1. Вугілля кам'яне" [оголошення № 127927, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу, бюлетень від 03.06.2014 № 14 (03.06.2014)] з метою усунення порушень, зазначених в мотивувальній частині цього рішення.

Рішення може бути оскаржено до суду у встановлений Законом строк.

Голова Колегії

С. МОРОЗ