



**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

№ 955-р/пк-ск від 11.08.2014

вих. лист від

№

Товариство з обмеженою відповідальністю
"Енергооснова"

вул. Конякіна, 7, кв. 13, м. Луцьк, 43000

Відділ освіти, молоді та спорту
Кіцманської районної державної
адміністрації Чернівецької області

вул. Шевченка, 7, м. Кіцмань,
Чернівецька область, 59300

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 "Енергооснова" (надалі – Скаржник, ТОВ "Енергооснова") від 14.07.2014 № 14/07/2014-01 (зареєстровану в Комітеті 15.07.2014 за № 8-20/1610-ДЗ) (надалі – Скарга) щодо встановлення Відділом освіти, молоді та спорту Кіцманської районної державної адміністрації Чернівецької області (надалі – Замовник) дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів на закупівлю – "05.10.1. Вугілля кам'яне" [оголошення № 134208, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу, бюлетень від 18.06.2014 № 24(18.06.2014)] (надалі – Процедура закупівлі),

ВСТАНОВИЛА:

Скаржник повідомляє про встановлення Замовником дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів та просить, зокрема, зобов'язати Замовника внести зміни до документації конкурсних торгів.

Рішенням Колегії від 16.07.2014 № 784-р/пк-ск Скарга була прийнята до розгляду та Процедура закупівлі призупинена на строк до винесення рішення за Скаргою.

У відповідь на запит Колегії від 16.07.2014 № 20-29.2/06-1982-дз Замовник листом від 21.07.2014 № 28 надав копії документів щодо проведення ним Процедури закупівлі та пояснення по суті Скарги.

Розглянувши надані Замовником документи та пояснення, які стосуються проведення ним Процедури закупівлі, Колегією встановлено наступне.

1. Скаржник вважає дискримінаційною вимогу документації конкурсних торгів стосовно підтвердження досвіду виконання аналогічних договорів, які укладені учасниками Процедури закупівлі в 2011-2013 роках, з кількістю вугілля не менше, ніж заявлена кількість у Процедурі закупівлі, оскільки відповідно до Закону України "Про здійснення державних закупівель" (надалі – Закон), замовник може встановлювати такий кваліфікаційний критерій, як наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічних договорів.

За словами Скаржника, статтею 16 Закону України "Про здійснення державних закупівель" передбачена наявність в учасників процедур закупівель документально підтвердженого досвіду виконання аналогічних договорів, однак жодної вказівки на те, що такий досвід має бути підтверджений певною кількістю поставленого вугілля (у тому числі не меншою, ніж заявлена загальна кількість вугілля Процедури закупівлі) немає, а тому наявність такої вимоги у документації конкурсних торгів суперечить вимогам Закону.

Скаржник зазначає, що Замовник окреслив період, за який слід подати інформацію про постачання вугілля, що також є неправомірною вимогою, оскільки, якщо підприємство у 2011-2013 роках не мало досвіду постачання вугілля, однак має відповідний досвід у 2010 та 2014 роках, то виконати цю вимогу неможливо.

У поясненнях по суті Скарги Замовник зазначає, що ним самостійно зазначаються кваліфікаційні вимоги до учасників відповідно до статті 16 Закону, вимоги, встановлені статтею 17 Закону, та інформація про спосіб підтвердження відповідності учасників встановленим критеріям та вимогам згідно із законодавством.

За словами Замовника, оскільки йому надано право самостійно визначати спосіб документального підтвердження відповідності учасників Процедури закупівлі встановленим кваліфікаційним критеріям, то комітет з конкурсних торгів Замовника здійснює це під час затвердження документації конкурсних торгів.

Як зазначає Замовник, документацією конкурсних торгів (як і статтею 16 Закону) вимагається підтвердження учасниками Процедури закупівлі факту виконання договорів, а не лише факту їх укладення, а тому потрібно зазначати в довідці стан і своєчасність виконання цих договорів. Якщо учасник ще не знає, який в нього буде досвід виконання договорів, що ним укладені, то це підтверджує лише те, що ці договори ще не виконані, а будуть виконуватися в майбутньому.

Стосовно документального підтвердження обсягів поставленого вугілля, Замовник зауважив, що стосовно зазначеного питання ним було надано роз'яснення, які оприлюднені на веб-порталі Уповноваженого органу з питань державних закупівель.

У ході розгляду зазначеного питання, Колегія встановила наступне.

Відповідно до абзацу четвертого частини другої статті 16 Закону замовник може встановлювати такий кваліфікаційний критерій, як наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічних договорів.

Згідно з частиною третьою статті 16 Закону 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, зокрема, в документації конкурсних торгів.

Відповідно до пункту 2 розділу 3 документації конкурсних торгів, затвердженої протокольним рішенням комітету з конкурсних торгів Замовника від 13.06.2014 № 5, (надалі – Документація) пропозиція конкурсних торгів, яка подається учасником Процедури закупівлі повинна складатися, зокрема, з інших документів, передбачених чинним законодавством та Документацією.

Згідно з підпунктом 3 таблиці пункту 6 розділу 3 Документації для підтвердження відповідності кваліфікаційним критеріям, учасник повинен надати документи для підтвердження наявності досвіду виконання аналогічних договорів, а саме – "довідку у довільній формі, за підписом керівника, скріплена печаткою учасника на поставку вугілля кам'яного, переліку організацій (замовників) з адресами та контактними телефонами, сум договорів, кількість поставленого вугілля за договором та стану виконання, в тому числі своєчасності виконання цих договорів (кількість поставленого вугілля за кожним договором окремо зазначеним в довідці має бути не меншою, ніж заявлена загальна кількість вугілля даної процедури закупівлі), які укладені в 2011-2013 роках, разом з копіями будь-яких договорів (не менше трьох), що вказані в довідці, та оригіналами чи копіями відгуків завірених учасником від замовників відповідно до наданих копій договорів".

1.1. Стосовно зазначення у довідці обсягів поставленого вугілля Замовник надав роз'яснення, які оприлюднені на веб-порталі Уповноваженого органу, наступного змісту: "...кількість поставленого вугілля за всіма договорами (а не тільки за кожним окремим договором), зазначеними в довідці, має бути не меншою, ніж заявлена загальна кількість вугілля даної процедури закупівлі)".

Замовником вимагалось підтвердження наявності в учасників Процедури закупівлі договорів на постачання вугілля, сумарний обсяг яких мав бути не меншим, ніж обсяг, передбачений Документацією. Також представник Замовника зазначив, що у разі, якщо обсяг хоча б одного з договорів буде не меншим за обсяг товару, що є предметом Процедури закупівлі, це також не буде підставою для відхилення пропозиції конкурсних торгів такого учасника.

Згідно з пунктом 3 розділу I Документації предметом закупівлі є вугілля кам'яне загальним обсягом 689 тонн.

Разом з тим, роз'яснення Замовника та пояснення представника Замовника суперечать вимогам Документації, підпунктом 3 таблиці пункт 6 розділу 3 якої передбачено, що кількість поставленого вугілля за кожним договором має бути не меншою, ніж заявлена загальна кількість вугілля, що є предметом Процедури закупівлі.

Враховуючи викладене, замовник повинен усунути невідповідність умов Документації наданим Замовником роз'яснень шляхом внесення до неї відповідних змін.

1.2. Стосовно періоду, за який слід надати інформацію про постачання вугілля, ТОВ "Енергооснова" не обґрунтовало та документально не підтвердило, яким чином зазначені вище вимоги Документації порушують його права чи законні інтереси та перешкоджають йому взяти участь у Процедурі закупівлі, у зв'язку з чим у Колегії відсутні підстави для задоволення Скарги в цій частині.

2. На думку Скаржника, вимога Документації стосовно надання учасниками Процедури закупівлі гарантійних листів від безпосередніх виробників вугілля, їх офіційних представників, дилерів, дистриб'юторів, продавців зобов'язує учасників до договірних відносин із безпосереднім виробником, офіційним дилером, дистриб'ютором, покупцем, представником.

За словами Скаржника, у випадку придбання вугілля безпосередньо не у виробника, офіційного представника, дилера, дистриб'ютора, покупця, а у посередника, та відсутності договірних відносин із виробником, його офіційним представником, дилером, дистриб'ютором, покупцем, вищевказані документи подати не вбачається можливим.

Представник виробника, офіційний представник, дилер, дистриб'ютор, покупець не зобов'язаний надавати документи, що підтверджують наявність відносин із виробником.

На думку ТОВ "Енергооснова", така вимога Документації ставить у залежність учасника Процедури закупівлі від виробника, його офіційного дилера, дистриб'ютора, покупця, представника.

Також Скаржник зазначає, що на даний момент у ТОВ "Енергооснова" відсутнє вугілля відповідної марки, оскільки це зумовлює додаткові витрати для зберігання закупленого вугілля. Як зазначає Скаржник, наперед закуповувати вугілля всіх марок товариство не може, адже не має впевненості у подальшому його збуті (у випадку акцепту з іншим учасником фірма понесе збитки).

Замовник повідомляє, що Документація не обмежує коло учасників лише виробниками вугілля. Якщо учасник сам не виробляє вугілля конкретної марки, передбачена можливість будь-якого учасника придбати вугілля відповідної марки у виробника або його офіційного представника, дилера, дистриб'ютора чи іншого продавця вугілля.

За словами Замовника, є безліч дилерів, дистриб'юторів, офіційних представників та продавців, які можуть запропоновувати якісне вугілля марки ДГ/Ж/АКОМ (13-100).

Як зазначає Замовник, він у Документації не обмежив коло учасників Процедури закупівлі виключно виробниками або особами, які мають відповідні правовідносини виключно з виробником. Це підтверджується тим, що гарантійний лист учаснику про відвантаження вугілля відповідної марки може надати її безпосередній виробник, дилер, дистриб'ютор, покупець, тобто будь-яка особа, яка здійснює торгівлю вугіллям.

Замовник зазначає, що Документацією передбачено можливість будь-якого учасника (виробника чи не виробника) запропонувати та реалізувати Замовнику вугілля марки ДГ/Ж/АКОМ (13-100). Учасник може самостійно виробляти це вугілля за власною технологією (а не вже запатентованою) або придбати його в інших виробників, дилерів, продавців тощо, яких на вугільному ринку є безліч.

Розглянувши зазначене питання, Колегія встановила наступне.

Відповідно до пункту 2 розділу III Документації пропозиція конкурсних торгів, яка подається учасником Процедури закупівлі повинна складатися, зокрема, з документального підтвердження відповідності якісним, кількісним та іншим вимогам до предмету закупівлі, встановленим Замовником.

У пункті 7 розділу III Документації Замовником наведена інформація про необхідні технічні, якісні та кількісні характеристики предмета закупівлі.

Згідно з підпунктом 1 пункту 7 розділу III Документації учасники Процедури закупівлі у складі своїх пропозицій конкурсних торгів повинні надати "оригінал гарантійного листа, наданого учаснику Процедури закупівлі безпосереднім виробником вугілля (якщо учасник не являється виробником), його офіційним представником, дилером, дистриб'ютором, продавцем вищевказаних марок, про гарантію відвантаження учаснику для потреб Замовника вказаної в пропозиції кількості та якості вугілля, не більше десятиденної давнини відносно дати подання пропозиції. У разі надання гарантійного листа не безпосереднім виробником даного вугілля, учасник зобов'язаний документально підтвердити походження товару в особи, що видала гарантійний лист".

Наведена вище умова Документації не обмежує коло учасників лише виробниками або суб'єктами господарювання, безпосередньо пов'язаними з виробниками предмета закупівлі, оскільки передбачає можливість надання документів від виробників, їх офіційних представників, дилерів, дистриб'юторів, а також продавців марок вугілля, що становлять предмет закупівлі.

ТОВ "Енергооснова" не обґрунтовано та документально не підтверджено, яким чином зазначені вище вимоги Документації зі змінами порушують його права чи законні інтереси та

перешкоджають йому взяти участь у Процедурі закупівлі, у зв'язку з чим, у Колегії відсутні підстави для задоволення Скарги в цій частині.

3. У Скарзі ТОВ "Енергооснова" повідомило, що суміш марки ДГЖАКОМ (13-100) є запатентованою.

За інформацією Скаржника, ТОВ "Енергооснова" на підставі власних технічних умов враховуючи наявне технологічне обладнання, має можливість виготовляти різні вугільні суміш, у тому числі, і суміш вугілля кам'яного марки ДГ/Ж/А (13-100).

Однак у зв'язку з відсутністю сертифікату генетичних, технологічних та якісних характеристик на вугілля марки ДГ/Ж/А (13-100) Скаржник звернувся до виробника вугілля кам'яного ТОВ "ТД "СВІТ СР" з проханням виготовити та поставити дану вугільну суміш.

ТОВ "ТД "СВІТ СР" повідомило, що як виробник, має можливість виготовляти різні вугільні суміш, у тому числі і суміш вугілля кам'яного марки ДГ/Ж/А (13-100), однак, на даний час уповноважений орган – ВП "УкрНДІвуглезбагачення" ДП "НТЦ" "Вуглеінновація" відмовив ТОВ "ТД "СВІТ СР" у проведенні необхідних досліджень та видачі сертифікату генетичних, технологічних та якісних характеристик на вугілля марки ДГ/Ж/А (13-100), оскільки дана вугільна суміш виготовляється за технологією, що є запатентованою в Україні, і таким чином її виготовлення буде порушенням права патентовласника.

При цьому, відповідно до листа-пояснення Технічного комітету України з стандартизації ТК-92 "Вугілля та продукти його перероблення" від 31.05.2012 року № 72, відповідно до діючих національних та міждержавних стандартів в Україні, еквіваленти (аналоги) вказаного вугілля кам'яного не передбачені.

З метою отримання дозволу на використання запатентованої технології ТОВ "ТД "СВІТ СР" звернулося з офіційним запитом до власника патенту – ТОВ ГЗФ "Центральна" на отримання відповідного дозволу щодо передачі права використання запатентованої технології виробництва вугілля марки ДГЖАКОМ (13-100). Станом на момент подачі Скарги офіційної відповіді на своє звернення ТОВ "ТД "СВІТ СР" не отримало.

Як зазначає Скаржник, ТОВ "ТД "СВІТ СР" повідомило його, що не зважаючи на наявну технічну можливість, як виробника виготовити задану вугільну суміш, на даний час у підприємства відсутні юридичні підстави для належного оформлення даної марки вугілля та її сертифікації.

За інформацією Скаржника, виникла ситуація, коли виробництво вугілля кам'яного марки ДГЖАКОМ фактично монополізовано, зосереджено та здійснюється одним суб'єктом підприємницької діяльності, яким запатентована вказана марка вугілля кам'яного.

Як повідомляє Скаржник, встановлення Замовником в Документації вимоги щодо поставки вугілля кам'яного марки ДГЖАКОМ (навіть у випадку зазначення виразу "або еквівалент") позбавляє можливості усіх інших учасників, в яких відсутній патент на вказану марку, здійснювати поставку такого вугілля, а отже брати участь у Процедурі закупівлі.

У поясненнях по суті Скарги Замовник повідомив, що марка вугілля ДГ/Ж/АКОМ (13-100) визначалась ним виходячи з власної потреби у вугіллі кам'яному та технічних характеристик котлів, в яких воно буде спалюватись.

Згідно з поясненнями Замовника, під час визначення предмета закупівлі він керувався таким нормативним документом, як таблиця 1 розділу 3 ДСТУ 7146:2010 "Вугілля кам'яне та антрацит для побутових потреб. Технічні умови" зі змінами, затвердженими та введеними в дію наказом Міністерства економічного розвитку та торгівлі України від 11.12.2013 № 1470, якою передбачена можливість постачання суміші вугілля ДГ/Ж/А з розміром кусків 13-100 (КОМ).

За інформацією Замовника, вугілля марки ДГ/Ж/АКОМ – це суміш вугілля, використання якої передбачено діючими національними стандартами України, а тому вираз "або еквівалент" не потрібно зазначати в Документації відповідно до вимог статті 22 Закону.

Замовник повідомляє, що нині є запатентована не марка вугілля, як зазначає Скаржник, а певна технологія з її виробництва, а тому інші особи можуть також її виробляти, але застосовуючи інші технічні та технологічні способи її виготовлення, переробки чи збагачення.

Як зазначає Замовник, він має право самостійно визначати предмет закупівлі без погодження з усіма чи окремими потенційними учасниками Процедури закупівлі, які взагалі не мають права впливати на вибір Замовника виду предмета закупівлі чи його обґрунтування. Всі потенційні учасники торгів після оприлюднення відповідного оголошення та документації конкурсних торгів можуть надати свою пропозицію, яка буде прийнята і розглянута Замовником відповідно до діючого законодавства. Якщо в потенційних учасників немає можливості надати свою пропозицію конкурсних торгів згідно з оприлюдненим оголошенням, то це не означає що Замовник зобов'язаний змінити вид предмета закупівлі на їхню вимогу.

Розглянувши зазначений пункт Скарги, Колегія встановила наступне.

Національним стандартом України "Вугілля кам'яне та антрацит для побутових потреб" – ДСТУ 7146:2010 (надалі – Стандарт) передбачено використання для побутових потреб вугілля марок Д, ДГ, Г, П, А та Ж згідно з ДСТУ 3472 Донецького та Львівсько-Волинського басейну, з розмірами кусків згідно з ГОСТ 19242, а також вугілля, що імпортується, якщо воно за класифікаційними показниками відповідає ДСТУ 3472, а за розміром кусків (крім 6-100 мм) - ГОСТ 19242.

Відповідно до підпункту 3.3 пункту 3 Стандарту "за якісними, технологічними та фізико-механічними показниками вугілля повинно відповідати вимогам, зазначеним у таблиці 1".

Згідно з вищевказаною таблицею вугілля марки ДГ згідно з ГОСТ 19242 має бути: 13-100 мм, 50-100 мм, 25-50 мм, 13-25 мм, 25-100 мм, 13-50 мм та 25-200 мм; вугілля марки Ж згідно з ГОСТ 19242 має бути 13-100 мм, 50-100 мм, 25-100 мм, 13-50 мм та 13-25 мм, вугілля марки А - 50-100 мм, 25-100 мм, 25-50 мм, 13-50 мм, 13-25 мм, 6-13 мм, 25-200 мм та 100-200 мм.

Пунктом 4 наказу Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 11.12.2013 № 1470 "Про прийняття національних стандартів України, гармонізованих з міжнародними та європейськими стандартами, міждержавних нормативних документів як національних стандартів України, затвердження національних стандартів України, змін до національних стандартів України та скасування національних стандартів України і нормативних документів в Україні" затверджені зміни до національних стандартів з набранням чинності з 01.04.2014, зокрема, зміна № 1 до ДСТУ 7146:2010 "Вугілля кам'яне для побутових потреб. Технічні умови";

Змінами № 1 до ДСТУ 7146:2010 "Вугілля кам'яне для побутових потреб. Технічні умови" передбачається така марка вугілля, як ДГ/Ж/А з розміром кусків 13-100 мм.

Таким чином, з 01.04.2014 набули чинності зміни № 1 до ДСТУ 7146:2010 "Вугілля кам'яне для побутових потреб. Технічні умови", затверджені наказом Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 11.12.2013 № 1470 "Про прийняття національних стандартів України, гармонізованих з міжнародними та європейськими стандартами, міждержавних нормативних документів, як національних стандартів України, затвердження національних стандартів України, змін до національних стандартів України та скасування національних стандартів України і нормативних документів в Україні", згідно з якими передбачена така марка вугілля, як ДГ/Ж/А з розміром кусків 13-100 мм.

Пунктом 3 розділу I Документації та пунктом 7 розділу III Документації встановлено, що предметом закупівлі є, зокрема, вугілля кам'яне ДГ/Ж/А КОМ 13-100 у кількості 30 тонн.

Замовник надав на розгляд Колегії наступні документи:

- копію листа "Пропозиція" ФО-П Кондратьєва В. А. від 20.05.2014 № 12, в якому ФО-П Кондратьєв В. А. повідомляє, що має можливість постачання, зокрема, суміші вугілля ДГЖАКОМ;
- копію листа ФО-П Кащишина Р. С. від 02.06.2014 № 4, в якому зазначено, що ФО-П Кащишин Р. С. пропонує для реалізації вугілля, зокрема, марки ДГЖАКОМ (13-100);
- копію листа ТОВ "СК "Афіна" від 27.06.2014 № 27-27/06.14, відповідно до якого зазначений суб'єкт господарювання зазначив про можливість поставити вугілля, зокрема, марки ДГЖАКОМ (13-100);
- копію листа ТОВ "ЮССАМ" від 30.06.2014 № 30/06, відповідно до якого зазначений суб'єкт господарювання має можливість щомісячно постачати вугілля, зокрема, марки ДГЖАКОМ (13-100);
- копію листа "Комерційна пропозиція" ТОВ "Поліпромінвест" від 01.07.2014 № 19/1, в якому ТОВ "Поліпромінвест" пропонує для постачання вугілля, зокрема, марки ДГЖАКОМ.

Скаржник не надав доказів того, що він звертався до виробників вугілля кам'яного марки ДГ/Ж/А (13-100) або офіційних представників, дилерів, дистриб'юторів, продавців зазначеної марки вугілля щодо можливості постачання зазначеного товару.

При цьому, Скаржником не доведено та документально не підтверджено неспроможність взяти участь у Процедурі закупівлі.

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

Колегією встановлено, що під час проведення Процедури закупівлі Замовник допустив порушення, які на момент прийняття Колегією цього рішення можна виправити шляхом зобов'язання Замовника внести зміни до документації конкурсних торгів.

Згідно з абзацами першим та другим частини десятої статті 18 Закону за результатами розгляду скарги орган оскарження має право прийняти рішення про встановлення або відсутності порушення процедури закупівлі (в тому числі порушення порядку публікації, оприлюднення або неопублікування, неоприлюднення інформації про державні 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, усунути будь-які дискримінаційні умови (у тому числі ті, що зазначені у технічній специфікації, яка є складовою частиною документації з конкурсних торгів) або, у разі неможливості виправити допущені порушення, відмінити процедуру закупівлі.

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

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

Враховуючи викладене, керуючись частиною третьою статті 8 та 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 Відділ освіти, молоді та спорту Кіцманської районної державної адміністрації Чернівецької області внести зміни до документації конкурсних торгів процедури закупівлі – "05.10.1. Вугілля кам'яне" [оголошення № 134208, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу, бюлетень від 18.06.2014 № 24(18.06.2014)], з метою усунення порушень, зазначених в мотивувальній частині цього рішення.

Рішення може бути оскаржено до суду у встановлений Законом строк.

Голова Колегії

С. МОРОЗ