



**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

№ 1254-р/пк-ск від 13.10.2014

вих. лист від

№

Приватне акціонерне товариство
"Медфарком-Центр"
вул. Кржижановського, 4,
м. Київ, 03680

Міністерство охорони здоров'я
України
вул. Грушевського, 7, м. Київ, 01601

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 приватного акціонерного товариства "Медфарком-Центр" (надалі – Скаржник, ПрАТ "Медфарком-Центр") від 18.09.2014 № 01-09/14 (зареєстровану в Комітеті 18.09.2014 за № 8-20/2217-ДЗ) (надалі – Скарга) щодо встановлення Міністерством охорони здоров'я України (надалі – Замовник) дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів на закупівлю – "21.20.1. Антиретровірусні препарати – 20 лотів" [оголошення № 161354, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу з питань державних закупівель, бюлетень від 03.09.2014 № 77 (03.09.2014)] (надалі – Процедура закупівлі),

ВСТАНОВИЛА:

Скаржник повідомляє про встановлення Замовником дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів за лотами №№ 8, 9, 19 та просить, зокрема:

- призупинити Процедуру закупівлі;
- зобов'язати Замовника усунути дискримінаційні вимоги у документації конкурсних торгів.

Рішенням Колегії від 18.09.2014 № 1138-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 19.09.2014 № 20-29.1/06-2744-дз Замовник листом від 25.09.2014 № 20-02/735/19/2417-14/27882 надав копії документів та пояснення щодо проведення ним Процедури закупівлі.

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

1. У Скарзі ПрАТ "Медфарком-Центр" повідомляє, що у документації конкурсних торгів Замовником передбачене надання учасниками Процедури закупівлі листа-згоди з істотними умовами договору про закупівлю, визначеними у додатку № 5 документації конкурсних торгів, що включені до змісту проекту договору про закупівлю.

За словами Скаржника, відсутність згоди із зазначеним проектом договору під час подання пропозиції конкурсних торгів може бути підставою для відхилення пропозиції конкурсних торгів такого учасника.

Скаржник повідомляє, що згідно зі статтями 626-627 Цивільного кодексу України (надалі – ЦК України) договором є домовленість двох або більше сторін, спрямована на встановлення, зміну або припинення цивільних прав та обов'язків. Відповідно до статті 6 Кодексу сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог Кодексу, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості.

На думку ПрАТ "Медфарком-Центр", штрафні санкції, передбачені додатком № 5 документації конкурсних торгів, не відповідають нормам чинного законодавства України, є надмірними та такими, що можуть призвести до погіршення фінансового становища переможця Процедури закупівлі і навіть до банкрутства.

Відповідно до статей 231-232 Господарського кодексу України у разі, якщо виконання зобов'язання фінансується за рахунок Державного бюджету України чи за рахунок державного кредиту, штрафні санкції застосовуються, якщо інше не передбачено законом чи договором, зокрема, у таких розмірах:

- за порушення умов зобов'язання щодо якості (комплектності) товарів (робіт, послуг) стягується штраф у розмірі двадцяти відсотків вартості неякісних (некомплектних) товарів (робіт, послуг);

- за порушення строків виконання зобов'язання стягується пеня у розмірі 0,1 % вартості товарів (робіт, послуг), з яких допущено прострочення виконання за кожний день прострочення, а за прострочення понад тридцять днів додатково семи відсотків вказаної вартості.

У разі, якщо розмір штрафних санкцій законом не визначено, санкції застосовуються в розмірі, передбаченому договором. При цьому розмір санкцій може бути встановлено договором у відсотковому відношенні до суми невиконаної частини зобов'язання або у певній, визначеній грошовій сумі, або у відсотковому відношенні до суми зобов'язання незалежно від ступеня його виконання, або у кратному розмірі до вартості товарів (робіт, послуг).

Як зазначає Скаржник, відповідно до Конституції України ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення. За словами Скаржника, вказана норма порушена Замовником, оскільки зі змісту договору вбачається, що у разі настання умов застосування пунктів 7.3 та 7.4 будуть застосовані пункти 7.2 та 7.18, тобто встановлено подвійну відповідальність постачальника та збільшено загальний розмір штрафних санкцій до 35 % від вартості непоставленого (неприйнятого) товару, вартість якого може бути більшою, ніж 1 млн грн.

На думку Скаржника, встановлення додаткових штрафних санкцій у пунктах 7.3, 7.4 та 7.18 щодо періоду нарахування штрафних санкцій порушує Конституцію України, норми ЦК України та Господарського кодексу України (надалі – ГК України), права постачальника за договором закупівлі.

Стосовно встановлення у додатку 5 документації конкурсних торгів вимог пункту 7.4 Замовник повідомив, що на засіданні комітету з конкурсних торгів Замовника було прийняте рішення про виключення зазначеного пункту з проекту договору.

На підтвердження наведеної інформації Замовник надав витяг з протоколу від 25.09.2014 № 56.

1.1. Ознайомившись із зазначеним питанням Колегія встановила наступне.

Відповідно до абзацу третього частини восьмої статті 18 Закону призупинення процедури закупівлі передбачає зупинення замовником, генеральним замовником будь-яких дій та прийняття будь-яких рішень щодо закупівлі, у тому числі укладення договору про закупівлю, крім дій, спрямованих на усунення порушень, зазначених у скарзі.

Згідно з абзацом четвертим частини восьмої статті 18 Закону у разі усунення замовником, генеральним замовником порушень, зазначених у скарзі, замовник, генеральний замовник протягом одного робочого дня з моменту усунення порушення повинен повідомити про це орган оскарження та надати документальне підтвердження.

Абзацами першим та п'ятим частини шостої статті 18 Закону визначено, що орган оскарження залишає скаргу без розгляду у разі, якщо замовником, генеральним замовником відповідно до цього Закону усунено порушення, зазначені в скарзі, про що було надано документальне підтвердження.

Відповідно до абзацу другого частини сьомої статті 18 Закону орган оскарження приймає рішення про припинення розгляду скарги у разі, якщо обставини, зазначені в абзацах другому-п'ятому частини шостої цієї статті, встановлені органом оскарження після прийняття скарги до розгляду.

У розділі VII Умов проекту договору встановлена відповідальність сторін за невиконання або неналежне виконання сторонами своїх зобов'язань, а саме – у пункті 7.4 Замовником встановлено наступне: "у разі порушення Постачальником Графіку поставки (додаток 2) більше ніж на 30 (тридцять) календарних днів Замовник має право в односторонньому порядку розірвати Договір, повідомивши про це Постачальника. У такому разі Постачальник крім штрафних санкцій, зазначених у пункті 7.2 Договору, сплачує штраф у розмірі 25 (двадцять п'ять) % вартості непоставленого (неприйнятого) товару".

У поясненнях по суті Скарги Замовник повідомив, що пункт 7.4 проекту договору був виключений із Документації.

Зазначена інформація підтверджується копією витягу з протоколу засідання комітету з конкурсних торгів Замовника від 25.09.2014 № 56, наданою МОЗ України на розгляд Колегії.

Отже, Замовник визнав та усунув порушення, зазначені у Скарзі в цій частині, про що надав документальне підтвердження, у зв'язку з цим Колегія припиняє розгляд Скарги в цій частині.

1.2. Відповідно до пункту 7 частини другої статті 22 Закону України "Про здійснення державних закупівель" (надалі – Закон) документація конкурсних торгів повинна містити проект договору або основні умови, які обов'язково будуть включені до договору про закупівлю.

Відповідно до пункту 2 розділу 3 документації конкурсних торгів, затвердженої протокольним рішенням комітету з конкурсних торгів Замовника від 22.08.2014 № 36,

(надалі – Документація) пропозиція конкурсних торгів, яка подається учасником, повинна складатися, зокрема, з листа-згоди учасника з істотними умовами договору про закупівлю, визначеними у додатку № 5 Документації, що включені до змісту проекту договору про закупівлю, який визначений додатком № 6 Документації.

У додатку № 5 Документації Замовником визначені умови проекту договору про закупівлю, щодо яких має бути досягнута згода.

Згідно з пунктом 2 розділу 6 Документації, зокрема, умови договору про закупівлю не повинні відрізнятися від змісту пропозиції конкурсних торгів або цінової пропозиції (у тому числі за одиницю товару) переможця Процедури закупівлі. Істотні умови договору про закупівлю не можуть змінюватися після підписання договору до повного виконання зобов'язань сторонами, крім випадків, визначених у Документації.

Істотні умови Договору про закупівлю, щодо яких має бути досягнута згода сторін, визначені у додатку № 5 Документації.

У разі, якщо сторони не досягли згоди щодо всіх істотних умов, договір про закупівлю вважається не укладеним. Якщо учасник вчинив фактичні дії щодо виконання договору, правові наслідки таких дій визначаються відповідно до Цивільного кодексу України.

Згідно з частиною першою статті 638 ЦК України істотними умовами договору є умови про предмет договору, умови, що визначені законом, як істотні або є необхідними для договорів даного виду, а також усі ті умови, щодо яких за заявою хоча б однієї із сторін має бути досягнута згоди.

У розділі VII Умов проекту договору встановлена відповідальність сторін за невиконання або неналежне виконання сторонами своїх зобов'язань, а саме – у пунктах 7.3, 7.5, 7.18 Замовником встановлено наступне:

"...7.3 У разі надходження письмового звернення від Постачальника щодо розірвання Договору у зв'язку з неможливістю його виконання Договір в установленому порядку розривається, а з Постачальника крім штрафних санкцій, зазначених у пункті 7.2. Договору, стягується штраф у розмірі 25 (двадцять п'ять) % вартості непоставленого (неприйнятого) Товару.

..7.5. За порушення умов зобов'язання щодо якості та/або комплектності Товару, що передбачено розділом II Договору, у тому числі у разі встановлення заборони обігу Товару, з Постачальника стягується штраф у розмірі 20 (двадцять) % вартості неякісного (некомплектного) або забороненого Товару.

..7.18. Нарахування штрафних санкцій припиняється через шість місяців від дня, коли зобов'язання по договору мало бути виконане".

Згідно з абзацом другим частини другої статті 231 ГК України у разі, якщо порушено господарське зобов'язання, в якому хоча б одна сторона є суб'єктом господарювання, що належить до державного сектора економіки, або порушення пов'язане з виконанням державного контракту, або виконання зобов'язання фінансується за рахунок Державного бюджету України чи за рахунок державного кредиту, штрафні санкції застосовуються, якщо інше не передбачено законом чи договором, у таких розмірах:

- за порушення умов зобов'язання щодо якості (комплектності) товарів (робіт, послуг) стягується штраф у розмірі двадцяти відсотків вартості неякісних (некомплектних) товарів (робіт, послуг).

Частиною четвертою статті 231 ГК України передбачено, що у разі, якщо розмір штрафних санкцій законом не визначено, санкції застосовуються в розмірі, передбаченому договором. При цьому розмір санкцій може бути встановлено договором у відсотковому відношенні до суми невиконаної частини зобов'язання або у певній, визначеній грошовій сумі, або у відсотковому відношенні до суми зобов'язання незалежно від ступеня його виконання, або у кратному розмірі до вартості товарів (робіт, послуг).

Відповідно до частини шостої статті 232 ГК України нарахування штрафних санкцій за прострочення виконання зобов'язання, якщо інше не встановлено законом або договором, припиняється через шість місяців від дня, коли зобов'язання мало бути виконано.

Враховуючи викладене, вимоги, встановлені Замовником у пунктах 7.3, 7.5 та 7.18 істотних умов договору, наведених у додатку № 5 Документації, не порушують вимоги ГК України.

2. За інформацією ПрАТ "Медфарком-Центр", вимога Документації щодо надання інформації про декларування зміни оптово-відпускної ціни на запропонований товар є порушенням статті 22 Закону України "Про здійснення державних закупівель" (надалі – Закон), оскільки перешкоджає суб'єктам господарювання брати участь у державних закупівлях у зв'язку з неможливістю декларування оптово-відпускної ціни на дату проведення тендеру, що пов'язане з відсутністю нормативно-правових актів, які регулюють подібні відносини.

Відповідно до постанови Кабінету Міністрів України "Про референтне ціноутворення на лікарські засоби та вироби медичного призначення, що закуповуються за кошти державного та місцевих бюджетів" МОЗ України надано два місяці на розробку та затвердження спільним наказом з Міністерством економічного розвитку і торгівлі України порядку розрахунку оптово-відпускної ціни на лікарський засіб. Тобто, профільному міністерству було відведено певний час на підготовку та набрання чинності відповідного порядку до 15 вересня 2014 року.

За інформацією Скаржника, станом на 16 вересня 2014 року вказаний порядок не набрав чинності.

Скаржник повідомляє, що компанія-виробник, яку представляє Скаржник, не має змоги коректно визначити зміну оптово-відпускної ціни на лікарські засоби. Це зумовлено відсутністю оптово-відпускних цін на відповідний лікарський засіб в референтних країнах та відсутністю можливості визначення середньоарифметичного значення серед них. Компанія-виробник, яку представляє Скаржник, не здійснює реалізації лікарських засобів у референтних країнах (Республіці Болгарія, Республіці Молдова, Республіці Польща, Словацькій Республіці, Чеській Республіці, Латвійській Республіці, Угорщині і Республіці Сербія), тому ПрАТ "Медфарком-Центр" не має можливості виконати вимоги постанови Кабінету Міністрів України, що зумовлює невизначеність у формуванні цінової політики на лікарські засоби в Україні.

Як зазначає Скаржник, станом на 16 вересня 2014 року власники реєстраційних посвідчень на лікарські засоби позбавлені правового механізму щодо подання документів на декларування зміни оптово-відпускних цін на лікарські засоби і вироби медичного призначення для внесення їх в реєстр оптово-відпускних цін на лікарські засоби, оскільки відсутній затверджений порядок розрахунку оптово-відпускної ціни на лікарський засіб. Відсутність спільного наказу МОЗ України та Міністерства економічного розвитку України призводить до того, що Скаржник позбавлений можливості виконати вимогу, встановлену у Документації щодо надання у складі пропозиції конкурсних торгів інформації про декларування зміни оптово-відпускної ціни на запропоновані лікарські засоби.

Стосовно наведеного пункту Скарги Замовник повідомив, що стосовно всіх зазначених у Скарзі лотів наявні задекларовані зміни оптово-відпускних цін за міжнародною непатентованою назвою:

- "Зидовудин/Ламівудин" – таблетки, капсули, драже (6 торговельних назв лікарських засобів різних виробників);

- "Ламівудин" – таблетки, капсули, драже (3 торговельні назви лікарських засобів різних виробників);

- "Ефавірезин" – таблетки, капсули, драже (7 торговельних назв лікарських засобів різних виробників).

Замовник повідомив, що 26.09.2014 набрали чинності спільний наказ МОЗ України та Мінекономрозвитку України від 20.08.2014 № 584/1011 "Про затвердження Порядку розрахунку оптово-відпускної ціни на лікарський засіб" та наказ МОЗ України від 18.08.2014 № 574 "Про затвердження Положення про реєстр оптово-відпускних цін на лікарські засоби і виробу медичного призначення, порядок внесення до нього змін та форм декларації зміни оптово-відпускної ціни на лікарський засіб та виріб медичного призначення", у зв'язку з чим власники реєстраційних посвідчень або уповноважені ним особи мають можливість подавати документи на декларування оптово-відпускних цін на лікарські засоби.

Замовник зазначив, що спільним наказом МОЗ України та Мінекономрозвитку України від 20.08.2014 № 584/1011 "Про затвердження Порядку розрахунку оптово-відпускної ціни на лікарський засіб" визначено різні механізми розрахунку заявником оптово-відпускної ціни на лікарські засоби, конкретний механізм обирається заявником залежно від наявності (доступності) даних про оптово-відпускні ціни в референтних країнах та Україні.

МОЗ України повідомляє, що 25.06.2014 була проведена спільна нарада з центральними органами виконавчої влади та представниками фармацевтичного ринку України, на якій були надані роз'яснення щодо застосування порядку розрахунку оптово-відпускної ціни на лікарський засіб.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією було встановлено наступне.

Відповідно до пункту 3 розділу 5 Документації "відомості щодо ціни на товар, який пропонується учасником, повинні бути внесені до Реєстру оптово-відпускних цін на лікарські засоби і виробу медичного призначення.

Для підтвердження зазначеної вимоги, учасникам у складі своїх пропозицій конкурсних торгів необхідно надати інформацію про декларування зміни оптово-відпускної ціни на запропонований товар із зазначенням дати та номеру наказу МОЗ України".

Відповідно до пункту 2 частини першої Постанови заклади і установи охорони здоров'я, що повністю або частково фінансуються з державного та місцевого бюджетів, закуповують лікарські засоби і виробу медичного призначення за цінами, які не перевищують рівня задекларованих змін оптово-відпускних цін з урахуванням мита, податку на додану вартість та граничних постачальницько-збутових і торговельних (роздрібних) надбавок, установлених постановою Кабінету Міністрів України від 17 жовтня 2008 року № 955 "Про заходи щодо стабілізації цін на лікарські засоби і виробу медичного призначення".

Відповідно до пункту 3 частини першої статті 1 Закону України "Про ціни і ціноутворення" декларування зміни ціни та/або реєстрація ціни – інформування суб'єктом господарювання у встановленому порядку органів державного регулювання і контролю (нагляду) та спостереження у сфері ціноутворення про наміри встановлення та застосування ціни, відмінної від поточної.

Згідно з абзацом другим пункту 1 частини першої Постанови з 1 серпня 2014 року підлягають декларуванню зміни оптово-відпускних цін без урахування мита і податку на додану вартість на лікарські засоби, включені до переліку лікарських засобів вітчизняного та іноземного виробництва, які можуть закуповувати заклади й установи охорони здоров'я, що повністю або частково фінансуються з державного та місцевих бюджетів, затвердженого постановою Кабінету Міністрів України від 5 вересня 1996 № 1071 "Про порядок закупівлі лікарських засобів закладами та установами охорони здоров'я, що фінансуються з бюджету", крім наркотичних і психотропних лікарських засобів, прекурсорів, діючих речовин

(субстанцій), медичних газів та лікарських форм, які виготовляються в аптеках за рецептами лікарів (магістральними формулами) та на замовлення лікувально-профілактичних закладів з дозволених до застосування діючих та допоміжних речовин.

Пунктом 3 Постанови передбачено, що зміни оптово-відпускних цін на лікарські засоби та вироби медичного призначення, внесених до набрання чинності цією Постановою до реєстру оптово-відпускних цін на лікарські засоби і вироби медичного призначення (надалі – Реєстр цін), підлягають декларуванню відповідно до Постанови до 1 березня 2015 року.

Відповідно до підпункту 3 пункту 4 Постанови МОЗ України необхідно затвердити у двомісячний строк спільним наказом з Міністерством економічного розвитку і торгівлі порядок розрахунку оптово-відпускної ціни на лікарський засіб.

Відповідно до пункту 2 Положення про реєстр оптово-відпускних цін на лікарські засоби і вироби медичного призначення та порядок внесення до нього змін, затвердженого наказом МОЗ України від 07.09.2012 № 705 (zareєстрованого в Міністерстві юстиції України 24.09.2012 за № 1638/21950), (надалі – Положення) реєстр цін містить відомості про задекларовану власником реєстраційного посвідчення на лікарський засіб або свідоцтва про державну реєстрацію виробу медичного призначення або уповноваженою ним особою зміну оптово-відпускної ціни на лікарський засіб або виріб медичного призначення.

Згідно з пунктом 5 Положення реєстр цін формує та веде МОЗ України.

Відповідно до пункту 6 Положення до Реєстру цін вносяться відомості про, зокрема, заявлену до декларування власником реєстраційного посвідчення на лікарський засіб або уповноваженою ним особою зміну оптово-відпускної ціни на лікарський засіб вітчизняного виробництва у гривнях.

Пунктом 12 Положення передбачено, що виключення з Реєстру цін відомостей про заявлену до декларування зміну оптово-відпускної ціни на лікарський засіб або виріб медичного призначення здійснюється у зв'язку із закінченням дії реєстраційного посвідчення на лікарський засіб або свідоцтва про державну реєстрацію виробу медичного призначення.

Відповідно до пункту 3 Порядку декларування цін декларуванню підлягає зміна оптово-відпускної ціни кожної лікарської форми, дозування та споживчої упаковки лікарського засобу та типу, виду, марки виробу медичного призначення:

- вітчизняного виробництва – у національній валюті без урахування витрат, пов'язаних з навантаженням, розвантаженням та транспортуванням;
- іноземного виробництва – у національній валюті із зазначенням офіційного курсу, встановленого Національним банком на дату подання декларації зміни оптово-відпускної ціни на лікарський засіб або виріб медичного призначення.

При цьому, згідно з пунктом 4 Порядку заявлена до декларування оптово-відпускна ціна на лікарський засіб не повинна перевищувати середньоарифметичного значення оптово-відпускної ціни на лікарський засіб або виріб медичного призначення.

Враховуючи викладене, чинними нормативно-правовими актами України передбачено, що одним із способів державного регулювання цін є процедура декларування зміни ціни, яка є обов'язковою для лікарських засобів, які закуповуються за рахунок державних коштів.

Враховуючи викладене, Замовник не порушив вимоги чинного законодавства України в цій частині.

Крім цього, слід зазначити, що згідно з наданою Замовником інформацією 26.09.2014 набрали чинності спільний наказ МОЗ України та Мінекономрозвитку України від 20.08.2014 № 584/1011 "Про затвердження Порядку розрахунку оптово-відпускної ціни

на лікарській засіб" та наказ МОЗ України від 18.08.2014 № 574 "Про затвердження Положення про реєстр оптово-відпускних цін на лікарські засоби і вироби медичного призначення, порядок внесення до нього змін та форм декларації зміни оптово-відпускної ціни на лікарський засіб та виріб медичного призначення", у зв'язку з чим власники реєстраційних посвідчень або уповноважені ними особи мають можливість подавати документи на декларування змін оптово-відпускних цін на лікарські засоби.

Наведені вище обставини свідчать про відсутність підстав для задоволення Скарги.

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

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:

Відмовити приватному акціонерному товариству "Медфарком-Центр" у задоволенні його скарги від 18.09.2014 № 01-09/14.

Рішення може бути оскаржено до суду у встановлений Законом строк.

Голова Колегії

С. МОРОЗ