



**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

№ 939-р/пк-ск від 08.08.2014

вих. лист від

№

Товариство з обмеженою
відповідальністю "Компанія
"Укроптпостач"

вул. Фурманова, буд. 1/7,
м. Київ, 03049

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 товариства з обмеженою відповідальністю "Компанія "Укроптпостач" (надалі – Скаржник, ТОВ "Укроптпостач") від 14.07.2014 б/н (зарєєстровану в Комітеті 14.07.2014 за № 8-20/1579-ДЗ) (надалі – Скарга) щодо встановлення Міністерством охорони здоров'я України (надалі – Замовник, МОЗ України) дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів на закупівлю – "21.20.1. Ліки (соматропін, флакон, картридж, шприц-ручка)" [оголошення № 138045, оприлюднене на

веб-порталі Уповноваженого органу з питань державних закупівель, бюлетень від 27.06.2014 № 31 (27.06.2014)] (надалі – Процедура закупівлі),

ВСТАНОВИЛА:

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

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

Рішенням Колегії від 14.07.2014 № 776-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 14.07.2014 № 20-29.1/06-1952-дз Замовник листом від 28.07.2014 № 20-02/373/19/1712-14/21401 надав копії документів та пояснення щодо проведення ним Процедури закупівлі.

Розглянувши надані Замовником документи та пояснення, які стосуються проведення ним Процедури закупівлі, Колегія встановила наступне.

У Скарзі ТОВ "Укроптпостач" 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.

Як зазначає ТОВ "Укроптпостач", учасника Процедури закупівлі фактично позбавлено права на заперечення деяких умов проекту договору.

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 ТОВ "Укроптпостач", 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.

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.

За словами ТОВ "Укроптпостач", штрафні санкції, встановлені Замовником у документації конкурсних торгів, можуть спричинити банкрутство компанії-переможця, враховуючи можливість нарахування штрафних санкцій протягом шести місяців (хоча законодавець дає право учасникам господарських відносин встановлювати інший строк).

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.

У поясненнях по суті Скарги Замовник повідомляє наступне: "відповідно до статті 610 ЦК України порушенням зобов'язання є його невиконання або виконання з порушенням умов, визначених змістом зобов'язання (неналежне виконання).

У разі порушення зобов'язання настають правові наслідки, встановлені договором або законом, зокрема, припинення зобов'язання внаслідок односторонньої відмови від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом, або розірвання договору; сплата неустойки; відшкодування збитків.

Штрафними санкціями визнаються господарські санкції у вигляді грошової суми (неустойка, штраф, пеня), яку учасник господарських відносин зобов'язаний сплатити у разі невиконання або неналежного виконання господарського зобов'язання.

Відповідно до частини другої статті 231 ГК України у разі якщо виконання зобов'язання фінансується за рахунок Державного бюджету України, 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).

Відповідно до частин першої та другої статті 615 ЦК України у разі порушення зобов'язання однією стороною друга сторона має право частково або в повному обсязі відмовитися від зобов'язання, якщо це встановлено договором або законом. Одностороння відмова від зобов'язання не звільняє винну сторону від відповідальності за порушення зобов'язання.

Відповідно до частини четвертої статті 231 ГК України 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).

Пунктом 7.18 проекту Договору визначено, що нарахування штрафних санкцій припиняється через шість місяців від дня, коли зобов'язання по договору мало бути виконане.

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".

За словами Замовника, органи державної влади повинні передбачити такі умови договору про закупівлю, які забезпечать неухильне його виконання, з метою забезпечення поставлених перед МОЗ України завдань.

У ході розгляду зазначеного пункту Скарги, Колегія встановила наступне.

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 23.06.2014 № 9, (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 7.2-7.4, 7.18 Замовником встановлено наступне:

"...7.2 У випадку затримки поставки Товару понад термін, встановлений пунктом 5.1 Договору, постачальник сплачує Замовнику пеню у розмірі 0,1 (нуль цілих одна десята) % від вартості непоставленого товару за кожний день прострочення поставки товару, а за прострочення понад 30 (тридцять) календарних днів з постачальника додатково стягується штраф у розмірі 7 (сім) % (семи відсотків) від вартості непоставленого (неприйнятого) товару, а у разі здійснення попередньої оплати постачальник, крім сплати зазначених штрафних санкцій, повертає Замовнику кошти з урахуванням індексу інфляції.

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.

7.4 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.

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

Відповідно до частини п'ятої статті 231 ГК України у разі недосагнення згоди між сторонами щодо встановлення та розміру штрафних санкцій за порушення зобов'язання спір може бути вирішений в судовому порядку за заявою заінтересованої сторони відповідно до вимог Кодексу.

Згідно з абзацом третім 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 строків виконання зобов'язання стягується пеня у розмірі 0,1 відсотка вартості товарів (робіт, послуг), з яких допущено прострочення виконання за кожний день прострочення, а за

прострочення понад тридцять днів додатково стягується штраф у розмірі семи відсотків вказаної вартості.

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 7.2, 7.3 та 7.18 істотних умов договору, наведених у додатку № 5 Документації не порушують вимоги ГК України.

Разом з цим, у пункті 7.4 істотних умов договору Замовник встановив вимогу стосовно відповідальності постачальників, вже передбачену в пункті 7.2 істотних умов договору, тобто передбачає встановлення додаткових штрафних санкцій за одне й те саме правопорушення.

Згідно з підпунктом 3 пункту 4 розділу 5 Документації Замовник відхиляє пропозицію конкурсних торгів, у разі якщо пропозиція конкурсних торгів не відповідає умовам Документації.

Таким чином, відсутність у складі пропозиції конкурсних торгів учасника Процедури закупівлі листа-згоди з істотними умовами договору про закупівлю буде підставою відхилення такої пропозиції.

У разі згоди з істотними умовами учасник Процедури закупівлі, у тому числі Скаржник, не зможе оскаржити, зокрема, штрафні санкції, зазначені у пункті 7.4 додатку 5 Документації, що є дискримінацією до потенційних учасників Процедури закупівлі, у тому числі, Скаржника.

Дії Замовника в частині встановлення наведеної вимоги у Документації порушують один з принципів здійснення закупівель – недискримінація учасників (у тому числі, Скаржника, та вимоги частини третьої статті 22 Закону, згідно з якою документація конкурсних торгів не повинна містити вимог, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників).

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

Відповідно до абзаців першого та другого 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 цінових пропозицій) у відповідність із вимогами законодавства, або за неможливості виправити допущені порушення відмінити процедуру закупівлі.

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.

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 Міністерство охорони здоров'я України внести зміни до документації конкурсних торгів на закупівлю – "21.20.1. Ліки (соматропін, флакон, картридж, шприц-ручка)" [оголошення № 138045, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу з питань державних закупівель, бюлетень від 27.06.2014 № 31 (27.06.2014)] з метою усунення порушень, зазначених у мотивувальній частині цього рішення.

Рішення може бути оскаржено до суду у встановлений Законом строк.

Голова Колегії

С. МОРОЗ