



**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

№ 1354-р/пк-ск від 30.10.2014

вих. лист від

№

Товариство з обмеженою
відповідальністю
"ТВА-ГРУПП"
вул. К. Малевича, 86 Д, оф. 3.6,
м. Київ, 01034

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, розглянувши скаргу товариства з обмеженою відповідальністю "ТВА-ГРУПП" (надалі – Скаржник, ТОВ "ТВА-ГРУПП") від 20.10.2014 № 3561/01-02/14 (zareєстровану в Комітеті 22.10.2014 за № 8-20/2552-ДЗ) (надалі – Скарга) щодо встановлення Міністерством охорони здоров'я України (надалі – Замовник) дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів на закупівлю – "витратні матеріали до приладів для вимірювання глікозильованого гемоглобіну – 2 лоти" [оголошення № 136062, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу, бюлетень від 23.06.2014 № 27 (23.06.2014)] (надалі – Процедура закупівлі),

ВСТАНОВИЛА:

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

- 1) призупинити Процедуру закупівлі;
- 2) встановити факт порушення Процедури закупівлі;
- 3) зобов'язати Замовника усунути дискримінаційні умови у документації конкурсних торгів.

Рішенням Колегії від 22.10.2014 № 1311-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 23.10.2014 № 20-29.1/06-3160-дз Замовник листом від 24.10.2014 № 20-02/898 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. ТОВ "ТВА-ГРУПП" у Скарзі повідомило, що Замовником визначено предмет закупівлі "код 21.20.2 - препарати фармацевтичні, інші (витратні матеріали до приладів для вимірювання глікозильованого гемоглобіну) – 2 лоти: лот 1 – тест-системи до приладу для визначення рівня глікозильованого гемоглобіну еквівалент Bio-Rad D 10; лот 2 – тест-системи контролю якості до приладу для визначення рівня глікозильованого гемоглобіну еквівалент Bio-Rad D 10".

Скаржник зазначає, що згідно з пунктом 7 "Інформація про необхідні технічні, якісні та кількісні характеристики предмета закупівлі" розділу III документації конкурсних торгів зазначається, що:

- тест-системи повинні бути зареєстровані в Україні;
- необхідна наявність настанови (інструкції) з експлуатації (застосування) медичного виробу українською мовою;
- тест-системи мають бути сумісні з обладнанням, яким оснащені спеціалізовані заклади охорони здоров'я, які надають медичну допомогу хворим на цукровий діабет, проводять референтні дослідження на HbA1c;
- тест-системи для визначення рівня глікозильованого гемоглобіну повинні використовуватися для кількісного вимірювання рівня глікозильованого гемоглобіну в цільній крові (венозна, капілярна), зовні тіла людини (для "ін-вітро" діагностики);
- для тест-систем має бути герметична форма упаковки. На упаковці має бути вказано кількість, термін та умови зберігання тест-систем.

На думку Скаржника, описом предмету закупівлі у даний спосіб Замовником було свідомо обмежено коло потенційних учасників та конкуренцію, оскільки Скаржник не зможе прийняти участь у Процедурі закупівлі, проте ТОВ "ТВА-ГРУПП" має намір та може запропонувати витратні матеріали до приладів вимірювання глікозильованого гемоглобіну, які не є еквівалентом Bio-Rad D 10, але повністю відповідають необхідним технічним, якісним та кількісним характеристикам предмета закупівлі згідно з документацією конкурсних торгів.

За словами Скаржника, Замовник конкретно вказав товар, який виробляється лише одним виробником, чим обмежив коло потенційних учасників до тих, які мають можливість поставляти витратні матеріали для приладів вимірювання глікозильованого гемоглобіну лише одного типу – Bio-Rad D 10, що, на думку Скаржника, дискримінує та порушує права та інтереси всіх іноземних та вітчизняних дистриб'юторів і виробників, у тому числі, Скаржника, та надало перевагу тим особам, які матимуть змогу, відповідно до таких вимог документації конкурсних торгів, прийняти участь у Процедурі закупівлі.

За інформацією Скаржника, тест на глікозильований гемоглобін дозволяє оцінити ефективність терапії цукрового діабету. Так, за загальнодоступними даними прилади вимірювання глікозильованого гемоглобіну Bio-Rad D 10 наявні лише в обласних лікарнях України та/або ендокринологічних диспансерах (всього їх було поставлено 27 штук) і, на відміну від Bio-Rad D 10, прилади вимірювання глікозильованого гемоглобіну CLOVER A1c у кількості 1000 штук вже встановлені не тільки в обласних лікарнях України та/або ендокринологічних диспансерах, а й у закладах охорони здоров'я у містах (районах), тобто, як повідомляє Скаржник, є більш поширеними та доступними для пацієнтів.

Замовник з цього питання повідомив, що така вимога документації конкурсних торгів обумовлена необхідністю забезпечення витратними матеріалами приладів Bio-Rad D 10, які були закуплені МОЗ України за кошти держаного бюджету.

За словами Замовника, прилади CLOVER A1c були поставлені в регіони у 2013 році, як гуманітарна допомога.

За інформацією Замовника, враховуючи відсутність держаної цільової програми щодо цукрового діабету, обмежену кількість коштів державного бюджету для закупівлі витратних матеріалів для дослідження рівня глікозильованого гемоглобіну (у 2013 році забезпечено лише близька 5 % інсулінозалежних хворих), витрати на обстеження хворих повинно здійснюватись за різними джерелами фінансування. Позачергово МОЗ України здійснює закупівлю витратних матеріалів саме до приладів Bio-Rad D 10, закуплених МОЗ України. Витратні ж матеріали до приладів, отриманих за гуманітарною допомогою, можуть закуповуватись за іншими джерелами фінансування, у тому числі, за кошти місцевих бюджетів.

У ході ознайомлення із зазначеним питанням Колегією встановлено наступне.

Згідно з абзацами першим та другим частини шостої статті 18 Закону орган оскарження залишає скаргу без розгляду у разі, якщо, зокрема, суб'єкт оскарження подає скаргу щодо того самого порушення, у тій самій процедурі закупівлі і з тих самих підстав, які вже були предметом розгляду органу оскарження і щодо яких органом оскарження було прийнято відповідне рішення.

Відповідно до абзаців першого та 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.

Одинадцятого липня 2014 року на адресу Колегії надійшла скарга ПрАТ "Медфарком-Центр" від 10.07.2014 № 01-07/14 (zareєстрована в Комітеті 11.07.2014 за № 8-20/1567-ДЗ) щодо встановлення МОЗ України дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів Процедури закупівлі.

ПрАТ "Медфарком-Центр" у своїй скарзі від 10.07.2014 № 01-07/14 зазначило, зокрема, що описом предмету закупівлі у даний спосіб (лот 1 – тест-системи до приладу для визначення рівня глікозильованого гемоглобіну еквівалент Bio-Rad D 10; лот 2 – тест-системи контролю якості до приладу для визначення рівня глікозильованого гемоглобіну еквівалент Bio-Rad D 10) МОЗ України було свідомо обмежено коло потенційних учасників та конкуренцію, оскільки ПрАТ "Медфарком-Центр" не може приймати участь у Процедурі закупівлі, проте має намір та може запропонувати витратні матеріали до приладів вимірювання глікозильованого гемоглобіну, які не є еквівалентом Bio-Rad D 10, а саме – тест-системи CLOVER Ale, які повністю відповідають необхідним технічним, якісним та кількісним характеристикам предмета закупівлі згідно з документацією.

На думку ПрАТ "Медфарком-Центр", МОЗ України, встановивши у Документації наведену вище вимогу, обмежило коло потенційних учасників до тих, які мають можливість поставляти витратні матеріали до приладів для вимірювання глікозильованого гемоглобіну, лише одного типу – Bio-Rad D 10, що дискримінує та порушує законні права та інтереси не тільки

ПрАТ "Медфарком-Центр", а й всіх іноземних та вітчизняних фармацевтичних дистриб'юторів та виробників, та надало перевагу на участь у торгах тим особам, які матимуть змогу відповідно до таких вимог Документації приймати участь у Процедурі закупівлі.

Рішенням Колегії від 21.08.2014 № 1005-р/пк-ск ПрАТ "Медфарком-Центр" було відмовлено у задоволенні його скарги від 10.07.2014 № 01-07/14 в цій частині.

Таким чином, інформація, наведена у цьому пункті Скарги, стосується тих самих порушень, в тій самій процедурі закупівлі і з тих самих підстав, які вже були предметом розгляду органу оскарження і щодо яких органом оскарження було прийнято відповідне рішення.

Враховуючи викладене, Колегія припиняє розгляд Скарги в цій частині.

2. ТОВ "ТВА-ГРУПП" у Скарзі повідомило, що у Документації 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 Скаржник, 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 ЦК України сторони є вільними в укладенні договору, виборі контрагента та визначенні умов договору з урахуванням вимог ЦК України, інших актів цивільного законодавства, звичаїв ділового обороту, вимог розумності та справедливості.

На думку Скаржника, штрафні санкції, передбачені додатком № 5 Документації, не відповідають нормам чинного законодавства України та є такими, що можуть призвести до погіршення фінансового становища переможця Процедури закупівлі.

Як зазначає Скаржник, відповідно до Конституції України ніхто не може бути двічі притягнений до юридичної відповідальності одного виду за одне й те саме правопорушення.

Скаржнику незрозуміло, чим обґрунтовно встановлення Замовником штрафних санкцій у розмірі 25 % вартості непоставленого (неприйнятого) товару у пункті 7.4 проекту договору, і чому саме у такому розмірі.

За словами Скаржника, вказана норма порушена Замовником, оскільки зі змісту договору вбачається, що у разі настання умов застосування пункту 7.4 буде автоматично застосовано й пункт 7.2 договору про закупівлю, чим власне й встановлено подвійну відповідальність постачальника.

Замовник з цього питання повідомив, що він погоджується внести зміни до Документації, виклавши пункт 7.4 істотних умов договору та проекту договору у наступній редакції: "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 ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Відповідно до пункту 7 частини другої статті 22 Закону 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 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.

Пунктом 2 розділу 6 Документації визначено, зокрема, що істотні умови договору про закупівлю, щодо яких має бути досягнута згода сторін, визначені у Додатку № 5 Документації. Текст проекту договору про закупівлю визначений у Додатку № 6 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.

Додатком № 5 Документації визначні умови проекту договору про закупівлю щодо яких має бути досягнута згода (надалі – Умови проекту договору).

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 досягнуто згоди.

У пункті 6 розділі VII Умов проекту договору встановлена відповідальність сторін, а саме – у пунктах 7.2 та 7.4 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.

7.4. 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".

Відповідно до частини п'ятої статті 231 ГК України у разі недосягнення 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 та 7.4 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 наведених вище вимог 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 вище та готовність Замовника внести зміни до Документації, Замовник має внести зміни до Документації в цій частині.

3. Листом від 22.10.2014 № 3594/01-02/14 (zareestrovanim у Комітеті 24.10.2014 за № 8-20/2578-ДЗ) ТОВ "ТВА-ГРУПП" надало додаткові пояснення до Скарги, в яких додатково зазначило про порушення, на його думку, в частині встановлення дискримінаційних умов у Документації, про які ним не було зазначено у Скарзі.

У ході ознайомлення із зазначеним питанням Колегією встановлено наступне.

Згідно з абзацом першим частини четвертої статті 18 Закону скарги, які стосуються документації конкурсних торгів (кваліфікаційної документації, запиту цінових пропозицій), можуть подаватись у будь-який строк після оприлюднення оголошення про їх проведення, але не пізніше закінчення строку, встановленого для подання пропозицій конкурсних торгів (кваліфікаційних, цінових пропозицій).

Відповідно до абзаців першого та третього частини шостої статті 18 Закону орган оскарження залишає скаргу без розгляду у разі, якщо скарга не відповідає вимогам частини першої або четвертої цієї статті.

Відповідно до пункту 1 розділу 4 Документації кінцевий строк подання пропозицій конкурсних торгів (дата, час): 23.10.2014 до 10 год. 00 хв.

Лист від 22.10.2014 № 3594/01-02/14 ТОВ "ТВА-ГРУПП" був поданий до органу оскарження та zareestrovаний у Комітеті 24.10.2014, отже, з порушенням строків, передбачених абзацом першим частини четвертої статті 18 Закону.

Враховуючи викладене, у Колегії відсутні підстави для розгляду Скарги в цій частині.

Враховуючи інформацію, наведену у пункті 2 мотивувальної частини цього рішення, Колегією встановлено, що Замовник чинив порушення, які можуть бути усунені шляхом зобов'язання Замовника внести зміни до Документації.

Відповідно до абзаців першого та другого частини десятої статті 18 Закону за результатами розгляду скарги орган оскарження має право, зокрема, прийняти рішення про встановлення або відсутність порушення процедури закупівлі (в 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 у 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 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 Міністерство охорони здоров'я України внести зміни до документації конкурсних торгів на закупівлю – "витратні матеріали до приладів для вимірювання глікозильованого гемоглобіну – 2 лоти" [оголошення № 136062, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу, бюлетень від 23.06.2014 № 27 (23.06.2014)] з метою усунення порушень, зазначених у мотивувальній частині цього рішення.

Рішення може бути оскаржене до суду у встановлений Законом строк.

Голова Колегії

С. МОРОЗ