



**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

№ 1355-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 № 3565/01-02/14 (zareєстровану в Комітеті 22.10.2014 за № 8-20/2553-ДЗ) (надалі – Скарга) щодо встановлення Міністерством охорони здоров'я України (надалі – Замовник) дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів на закупівлю – "21.20.2. Тест-смужка до індивідуального глюкометра" [оголошення № 136286, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу з питань державних закупівель, бюлетень від 24.06.2014 № 28 (24.06.2014)] (надалі – Процедура закупівлі),

ВСТАНОВИЛА:

Скаржник повідомляє про встановлення Замовником дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів та просить, зокрема, призупинити Процедуру закупівлі та зобов'язати Замовника виправити допущені порушення та усунути дискримінаційні умови в документації конкурсних торгів.

Рішенням Колегії від 22.10.2014 № 1312-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 № 20-29.1/06-3161-дз Замовник листом від 24.10.2014 № 20-02/897 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 відповідно до документації конкурсних торгів кількість крові для дослідження повинна бути не більшою, ніж 1,0 мкл, що забезпечується капілярним забором крові.

На думку Скаржника, наявність зазначеної технічної характеристики необґрунтована та обмежує конкуренцію лише тими учасниками, які можуть запропонувати тест-смужки до індивідуального глюкометра, які відповідають всім необхідним технічним, якісним та кількісним характеристикам згідно з документацією конкурсних торгів, є високоякісним та сертифікованим продуктом до тих учасників, продукція яких в цій частині відповідає вимогам документації конкурсних торгів.

За словами Скаржника, різниця між 1,0 мкл та 1,5 мкл настільки мікроскопічна і не може бути виявлена без спеціальних вимірювальних приладів, наявність такої технічної вимоги у документації конкурсних торгів дає підстави вважати, що вона застосована для обмеження кола учасників Процедури закупівлі.

Отже, Скаржник вважає, що зазначена вимога документації конкурсних торгів є дискримінаційною, оскільки за всіх рівних інших технічних якостей тест-смужки до індивідуального глюкометра, в яких кількість крові для дослідження буде більшою, ніж 1,0 мкл, автоматично не зможе бути предметом закупівлі, проте учасник має намір і можливість постачати тест-смужки до індивідуального глюкометра, в яких кров для дослідження необхідна у кількості 1,5 мкл.

Таким чином, як зазначає Скаржник, Замовник, використовуючи дискримінаційні вимоги до технічного опису предмету закупівлі, обмежив коло потенційних учасників Процедури закупівлі лише тими, які мають можливість поставляти тест-смужки до індивідуального глюкометра за не основними технічними характеристиками, в яких кількість крові для дослідження буде не більше, ніж 1,0 мкл, чим надало перевагу для участі у Процедурі закупівлі тим особам, які матимуть змогу відповідно до вимог документації конкурсних торгів прийняти участь у Процедурі закупівлі, що дискримінує та порушує права та законні інтереси як іноземних, так і вітчизняних дистриб'юторів та виробників, у тому числі, Скаржника.

Скаржник вважає, що для уникнення в цій частині документації конкурсних торгів дискримінаційних умов можливим є збільшення кількості крові для дослідження капілярним збором до 1,5 мкл.

Замовник з цього питання повідомив, що вимога документації конкурсних торгів стосовно об'єму крові 1,0 мкл для дослідження рівня глюкози обумовлена необхідністю проведення частого тестування у дітей різного віку, у тому числі, найменшого (не менше, ніж 4-6 досліджень на добу, іноді до 10).

За словами Замовника, така процедура дослідження для дитини має бути щадною (для отримання більшої краплі крові для тестування необхідний більш глибокий прокол шкіри, є більш травматичним і болісним для дитини, що іноді призводить до відмови дитини від тестування і унеможливорює корекцію лікування).

Крім того Замовник зауважив, що рішенням Колегії від 21.08.2014 №1006-р/пк-ск Замовника було зобов'язано внести зміни до документації конкурсних торгів. Тому Замовником було змінено кількість крові для дослідження з 0,8 мкл на 1,0 мкл, оскільки різниця між 0,8 мкл та 1,0 мкл є несуттєвою, проте різниця між 0,8 мкл та 1,5 мкл (майже вдвічі) для новонароджених та дітей найменшого віку є досить суттєвою.

За інформацією Замовника, вимоги до предмету закупівлі відповідають наказу МОЗ України "Про внесення змін до протоколу надання медичної допомоги дітям, хворим на цукровий діабет" від 07.10.2013 № 864.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

У пункті 2 розділу 3 документації конкурсних торгів зі змінами, затвердженими протокольним рішенням від 02.10.2014 № 59, (надалі – Документація) зазначено, що пропозиція конкурсних торгів, яка подається учасником, повинна складатися, зокрема, з документального підтвердження відповідності пропозиції конкурсних торгів учасника технічним, якісним, кількісним та іншим вимогам до предмету закупівлі, встановленим замовником у Документації (пункт 7 розділу 3 Документації).

Відповідно до підпункту 2 "Інші вимоги" пункту 7 розділу 3 Документації кількість крові для дослідження повинна бути не більшою, ніж 1,0 мкл, що забезпечується капілярним забором крові.

Наказом Міністерства охорони здоров'я України від 07.10.2013 № 863 затверджені "Зміни до протоколу надання медичної допомоги дітям, хворим на цукровий діабет, затвердженого наказом Міністерства охорони здоров'я України від 27 квітня 2006 року № 254" (надалі – Зміни до протоколу).

Відповідно до пункту 1 Змін до протоколу підрозділ "Лікування" розділу "Цукровий діабет типу 1" доповнено пунктом 4, який викладений у наступній редакції: "4. Моніторинг глікемії у дітей, хворих на цукровий діабет типу 1".

Згідно з пунктом 2 Змін до протоколу розділ "Цукровий діабет типу 2" доповнений підрозділом "Моніторинг глікемії у дітей, хворих на діабет типу 2" та викладений у наступній редакції "Моніторинг глікемії у дітей, хворих на цукровий діабет типу 2".

У вказаних вище пунктах Змін до протоколу зазначено, що з метою забезпечення якісного і ефективного самоконтролю рівня глюкози в крові дітям, хворим на цукровий діабет, рекомендовано використовувати тест-смужки до глюкометрів, які відповідають, зокрема, таким вимогам: кількість крові для дослідження повинна бути не більшою, ніж 0,8 мкл, що забезпечується капілярним забором крові.

Скаржник не довів, яким чином дії Замовника в частині встановлення у Документації зазначеної вище вимоги порушують його права та законні інтереси та перешкоджають подати свою пропозицію конкурсних торгів.

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

2. У Скарзі ТОВ "ТВА-ГРУПП" повідомило, що у Документації встановлена вимога стосовно можливості проведення дослідження рівня глюкози в крові у дітей віком від 0 до 18 років.

На думку Скаржника, дана вимога є дискримінаційною та завищеною, оскільки з усіх представлених на світовому ринку тест-смужок до глюкометрів для дослідження не встановлено жодних вікових обмежень.

Замовник з цього питання повідомив, що ця вимога не може бути дискримінаційною, оскільки її обумовлено необхідністю найбільш точного визначення рівня глюкози в крові у дітей найменшого віку, у т.ч. немовлят (у яких цукровий діабет реєструють все частіше), оскільки чутливість таких дітей до інсуліну надзвичайно висока і помилка у введенні навіть зайвої 0,5 одиниці інсуліну (при некоректному результаті виміру глюкози) може призвести до небезпечних наслідків для життя (до відома: на початок 2014 року в Україні зареєстровано 1290 дітей, віком до 6 років, хворих на цукровий діабет, життя яких залежить від адекватної щоденної інсулінотерапії, що в свою чергу залежить від точних вимірів глюкози глюкометром і тест-смужками). Таким чином, виключення цієї вимоги буде саме дискримінацією по відношенню до дітей з цукровим діабетом найменшого віку.

Крім того, у 2013 році два переможці конкурсних торгів надали підтвердження цієї вимоги інструкцією до застосування зареєстрованих в Україні глюкометрів і закупівля у

2013 році тест-смужок для дітей відбулася за ціною суттєво меншою, ніж у 2012 році, що дозволило закупити більшу кількість тест-смужок для дітей та вагітних - майже на 300 тест-смужок на одного хворого на рік (2012 рік – 550; 2013 – понад 850).

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 № 02-07/14 (zareєстрована в Комітеті 11.07.2014 за № 8-20/1568-ДЗ) щодо встановлення МОЗ України дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів Процедури закупівлі.

ПрАТ "Медфарком-Центр" у своїй скарзі від 10.07.2014 № 02-07/14 зазначило, зокрема, що у Документації встановлена вимога стосовно можливості проведення дослідження рівня глюкози в крові у дітей віком від 0 до 18 років. На думку ПрАТ "Медфарком-Центр", дана вимога є дискримінаційною та завищеною, оскільки жодні з представлених на ринку України глюкометрів та тест-смужок не призначені для такого вікового діапазону.

Рішенням Колегії від 21.08.2014 № 1006-р/пк-ск ПрАТ "Медфарком-Центр" було відмовлено у задоволенні його скарги від 10.07.2014 № 02-07/14 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.

3. 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 визначені 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 досягнута 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.

4. Листом від 22.10.2014 № 3593/01-02/14 (zareestrovanim у Комітеті 24.10.2014 за № 8-20/2577-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 № 3593/01-02/14 ТОВ "ТВА-ГРУПП" був поданий до органу оскарження та зареєстрований 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.

Враховуючу інформацію, наведену у пункті 3 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 відсутності 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 – "21.20.2. Тест-смужка до індивідуального глюкометра" [оголошення № 136286, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу з питань державних закупівель, бюлетень від 24.06.2014 № 28 (24.06.2014)] з метою усунення порушень, зазначених у мотивувальній частині цього рішення.

Рішення може бути оскаржене до суду у встановлений Законом строк.

Голова Колегії

С. МОРОЗ