



**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

№ 1563-р/пк-ск від 10.12.2014

вих. лист від

№

Товариство з обмеженою
відповідальністю Торговий дім
"СВІТ СР"
а/с 606, м. Львів, 79026

Житомирська обласна психіатрична
лікарня № 2 Житомирської обласної
ради
вул. Молодіжна, 1, с. Прилуки,
Овруцький р-н, Житомирська обл.,
11107

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 Торгового дому "СВІТ СР" (надалі – Скаржник, ТОВ ТД "СВІТ СР") від 24.11.2014 № 2411/5 (zareestrovany в Комітеті 25.11.2014 за № 8-20/2895-ДЗ) (надалі – Скарга) щодо встановлення Житомирською обласною психіатричною лікарнею № 2 Житомирської обласної ради (надалі – Замовник) дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів на закупівлю – "вугілля кам'яне" [оголошення № 181878, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу, бюлетень від 27.10.2014 № 115 (27.10.2014)] (надалі – Процедура закупівлі),

ВСТАНОВИЛА:

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

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

Рішенням Колегії від 25.11.2014 № 1488-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 26.11.2014 № 20-29.3/06-3579-дз Замовник листом від 28.11.2014 № 149 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 ТД "СВІТ СР" у Скарзі повідомило, що вимога документації конкурсних торгів стосовно надання нотаріально завіреної копії або копії, завіреної безпосереднім виробником вугілля, висновку про виробництво товарів підприємством, розташованим на території України (або іншої країни), що виданий особі, сертифікати генетичних, технологічних та якісних характеристик на вугілля якої подаються учасником в складі пропозиції конкурсних торгів; висновок повинен бути виданий торгово-промисловою палатою (або іншим органом іноземної держави відповідно до його компетенції) за місцем реєстрації особи, якій він видається, є безпідставною, необґрунтованою, оскільки Замовник не може вимагати від учасників документи, які не передбачені чинним законодавством України.

За інформацією Скаржника, висновок про виробництво товарів підприємством, виданий торгово-промисловою палатою (або іншим органом іноземної держави відповідно до його компетенції), є власністю виробника, який на власний розсуд та за власним бажанням ним розпоряджається.

Скаржник зауважив, що вищезгаданий висновок може містити інформацію, яка становить собою комерційну таємницю, яку виробник має право не розповсюджувати та не надавати учасникам.

За словами Скаржника, єдиним документом, що посвідчує якість вугілля є сертифікат генетичних, технологічних та якісних характеристик, копія якого може бути надана учасниками для підтвердження відповідних характеристик вугілля.

Замовник з цього питання повідомив, що дана вимога документації конкурсних торгів встановлена на підтвердження того, що виробник не є банкрутом та реально здійснює господарську діяльність, а не існує тільки на папері і фактичного виробництва вугілля не здійснює.

Замовник вважає, що це забезпечить належну поставку товару відповідної якості, оскільки під час проведення перевірок контролюючі органи завжди перевіряють дані про виробника товару.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Відповідно до підпункту 3 пункту 7 розділу 3 документації конкурсних торгів учасником також надається "нотаріально завірена копія або копія, завірена безпосереднім виробником вугілля, висновку про виробництво товарів підприємством, розташованим на території України (або іншої країни), що виданий особі, сертифікати генетичних, технологічних та якісних характеристик на вугілля якої подаються учасником в складі пропозиції. Висновок повинен бути виданий торгово-промисловою палатою (або іншим органом іноземної держави відповідно до його компетенції) за місцем реєстрації особи, якій він видається".

Таким чином, вказана вище вимога документації конкурсних торгів обмежує коло потенційних учасників лише виробниками або учасниками, які мають договірні відносини із виробниками, що є дискримінацією по відношенню до інших учасників Процедури закупівлі, у тому числі, Скаржника.

Замовник не обґрунтував встановлення у документації конкурсних торгів вказаної вище вимоги.

Частиною третьою статті 22 Закону України "Про здійснення державних закупівель" (надалі – Закон) передбачено, що документація конкурсних торгів не повинна містити вимог, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників.

Дії Замовника в частині встановлення у документації конкурсних торгів зазначеної вище вимоги порушують вимоги частини третьої статті 22 Закону та один з принципів здійснення закупівель, визначений статтею 3 Закону, а саме – недискримінація учасників.

Таким чином, Замовник має внести відповідні зміни до документації конкурсних торгів в цій частині.

2. ТОВ ТД "СВІТ СР" у Скарзі повідомило, що вимога документації конкурсних торгів про зазначення всіх персональних даних у листі в довільній формі є некоректною, оскільки не містить вичерпного переліку персональних даних, які слід зазначити.

Скаржник вважає, що Замовник має внести зміни до документації конкурсних торгів шляхом уточнення персональних даних, на які повинна бути надана згода учасниками у складі пропозиції конкурсних торгів.

Замовник з цього питання повідомив, що відповідно до роз'яснення Міністерства юстиції України від 21.12.2011 згода суб'єкта на обробку персональних даних повинна містити інформацію щодо обсягу персональних даних, а саме – чіткого переліку персональних даних фізичної особи, які можуть оброблятися власником бази персональних даних.

За інформацією Замовника, у листі-згоді на обробку персональних даних мають бути зазначені прізвище, ім'я та по-батькові особи, її місце проживання, ідентифікаційний код та паспортні дані (серія, номер, ким і коли виданий).

Замовник зауважив, що на веб-порталі Уповноваженого органу оприлюднені роз'яснення з цього приводу.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Пунктом 1 розділу 3 документації конкурсних торгів визначено, зокрема, що на вимогу Закону України "Про захист персональних даних" учасник повинен надати в складі пропозиції конкурсних торгів письмову згоду (лист в довільній формі) на обробку всіх персональних даних (із їх зазначенням) посадової особи учасника, що підписала документи пропозиції (в т.ч. збирання, зберігання і поширення).

У роз'ясненнях до вказаного вище пункту документації конкурсних торгів від 21.11.2014 № 143, оприлюднених на веб-порталі Уповноваженого органу та наданих на розгляд Колегії Замовником, зазначено: "в даному випадку мається на увазі надання згоди на обробку всіх персональних даних, які учасник вважає достатніми для виконання мети проведення процедури закупівлі. Зокрема, але не виключно: прізвище, ім'я та по-батькові особи, її місце проживання, ідентифікаційний код та паспортні дані (серія, №, ким і коли виданий) тощо".

Отже, Замовник не визначив чіткий перелік усіх персональних даних, які повинен зазначити учасник у згоді на обробку персональних даних, що може призвести до необ'єктивної та упередженої оцінки пропозицій конкурсних торгів.

Частиною третьою статті 22 Закону передбачено, що документація конкурсних торгів не повинна містити вимог, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників.

Дії Замовника в частині встановлення у документації конкурсних торгів вимоги стосовно надання згоди на обробку персональних даних без визначення чіткого переліку всіх персональних даних порушують вимоги частини третьої статті 22 Закону та принципи здійснення закупівель, визначених статтею 3 Закону, а саме – об'єктивна та неупереджена оцінка пропозицій конкурсних торгів, відкритість та прозорість на всіх стадіях закупівель.

Таким чином, Замовник має внести відповідні зміни до документації конкурсних торгів в цій частині.

3. У Скарзі ТОВ ТД "СВІТ СР" повідомило, що вимоги документації конкурсних торгів стосовно наявності в учасника на території Житомирської області складу та сертифікованих автоваг для зважування вугілля є дискримінаційними до учасників з інших областей та надають перевагу місцевим учасникам.

За інформацією Скаржника, відповідно до документації конкурсних торгів місцем поставки є Житомирська обласна психіатрична лікарня № 2.

За словами Скаржника, ТОВ ТД "СВІТ СР" має змогу постачати вугілля безпосередньо до місця призначення, а отже, нема потреби орендувати склад та ваги на території Житомирської області, оскільки це економічно не обґрунтовано та призведе до завищення ціни на вугілля.

Скаржник зауважив, що ТОВ ТД "СВІТ СР" має в наявності мобільне вагове обладнання, яке може розгортатись у місцях безпосереднього зважування, тому, як повідомляє Скаржник, вказані вище вимоги документації конкурсних торгів дискримінують ТОВ ТД "СВІТ СР", яке має переносне (мобільне) вагове обладнання та склад на території іншої області.

Замовник з цього питання повідомив, що вказана вимога документації конкурсних торгів є законною.

За словами Замовника, учасник не має змоги впливати на встановлення Замовником критеріїв та переліку документів, якими підтверджується критерій.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Відповідно до підпункту 1 пункту 6 розділу 3 документації конкурсних торгів учасники Процедури закупівлі повинні надати "документи, що підтверджують наявність в учасника складу (на території Житомирської області) для зберігання вугілля (копії документів, що підтверджують право власності або копія дійсного договору оренди чи договору зберігання).

Обов'язковим є наявність в учасника (на території Житомирської області) сертифікованих автоваг для зважування вугілля (надаються копії документів, що засвідчують право власності учасника на автоваги, або право їх оренди або копія договору про надання послуг по зважуванню та таруванню автомашин). До зазначених документів обов'язково додається копія документу, що засвідчує сертифікацію (півірку) ваг, дійсного на момент розкриття пропозицій конкурсних торгів".

При цьому, пунктом 2 розділу 6 документації конкурсних торгів визначені істотні (основні) умови, які обов'язково включаються до договору про закупівлю, в яких, зокрема, зазначено місце поставки товарів: "11191, Житомирська обл., Овруцький район, с. Прилуки, вул. Молодіжна, 1-А, згідно з заявками Замовника".

Отже, вказані вище вимоги документації конкурсних торгів обмежують коло потенційних учасників лише тими, які мають склад та сертифіковані автоваги на території Житомирської області та є дискримінаційними по відношенню до інших учасників Процедури закупівлі, у тому числі, Скаржника.

Замовником не обґрунтовано встановлення у документації конкурсних торгів зазначених вище вимог.

Частиною третьою статті 22 Закону передбачено, що документація конкурсних торгів не повинна містити вимог, що обмежують конкуренцію та призводять до дискримінації учасників.

Дії Замовника в частині встановлення у документації конкурсних торгів вимог стосовно наявності в учасника складу та сертифікованих автоваг на території Житомирської області порушують вимоги частини третьої статті 22 Закону та принципи здійснення закупівель, визначених статтею 3 Закону, а саме – недискримінація учасників, максимальна економія та ефективність, добросовісна конкуренція серед учасників.

Таким чином, Замовник має внести відповідні зміни до документації конкурсних торгів в цій частині.

4. У Скарзі ТОВ ТД "СВІТ СР" повідомило, що відповідно до розділу V та додатку 1 документації конкурсних торгів на учасника-переможця покладаються витрати у сумі 12 000,00 грн на оплату послуг консультанта.

За словами Скаржника, оскільки предметом закупівлі є товар (вугілля), то витрати, пов'язані з наданням Замовнику третьою стороною юридичних послуг, не можуть бути включені до документації конкурсних торгів.

За інформацією Скаржника, згідно з чинним законодавством України договір є добровільною згодою сторін. У випадку відмови від укладення договору ніхто не може зобов'язати сторону до укладення нею договору.

Скаржник вважає, що вимога документації конкурсних торгів стосовно оплати послуг консультанта є незаконною та неправомірною.

Замовник з цього питання повідомив, що відповідно до документації конкурсних торгів оплата послуг може покладатися на учасника-переможця (а може і не покладатися). Відсутність згоди учасника-переможця жодним чином не призведе до відхилення його пропозиції конкурсних торгів. Це не обов'язок, а лише право учасника оплатити послуги, які надані Замовнику, за його згодою.

За словами Замовника, послуги, які оплачуються учасником-переможцем, не повинні включатися до ціни пропозиції конкурсних торгів, та сплачуються за рахунок його власних коштів ще до моменту реєстрації договору в органах казначейської служби.

За інформацією Замовника, можливість зазначення у документації конкурсних торгів інформації щодо оплати послуг підтверджується і роз'ясненням Міністерства економічного розвитку і торгівлі України від 25.07.2012 № 3302-04/28136-08, в якому зазначено, що Законом не забороняється залучення Замовником на договірних засадах експертів та консультантів для роботи комітету з конкурсних торгів. Права, обов'язки сторін договору та порядок розрахунків визначаються відповідно до умов укладеного з ним договору.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Згідно з пунктом 21 частини першої статті 1 Закону предмет закупівлі – товари, роботи чи послуги, які закуповуються замовником у межах єдиної процедури закупівлі, на які учасникам дозволяється подавати пропозиції конкурсних торгів (кваліфікаційні, цінові пропозиції) або пропозиції на переговорах (у разі застосування переговорної процедури закупівлі).

Предметом Процедури закупівлі є продукція – вугілля кам'яне (згідно з кодом класифікації продукції та послуг 05.10.1 Державного класифікатора продукції та послуг).

Відповідно до пункту 27 частини першої статті 1 Закону товари – продукція, об'єкти будь-якого виду та призначення, у тому числі, сировина, вироби, устаткування, технології, предмети у твердому, рідкому і газоподібному стані, а також послуги, пов'язані з поставкою товарів, якщо вартість таких послуг не перевищує вартості самих товарів.

Згідно з пунктом 3 розділу 5 документації конкурсних торгів "на учасника-переможця торгів відповідно до ст. 527, 528, 629, 636, 903, 904 ЦК України можуть покладатися витрати в сумі 12 000,00 гривень (дванадцять тисяч гривень) на оплату послуг Консультанта торгів, наданих Замовнику відповідно до укладеного між Замовником та Консультантом торгів договору про надання юридичних послуг (договір на користь третьої особи відповідно до ст. 636 Цивільного кодексу України). Учасник має право ознайомитись з даним договором.

Дані витрати повинні бути сплачені на рахунок Консультанта торгів, з яким Замовником укладено договір, з моменту укладення договору про закупівлю між Учасником-переможцем процедури закупівлі та Замовником протягом 5 робочих днів".

Відповідно до пункту 5 форми пропозиції конкурсних торгів, визначеної додатком 1 документації конкурсних торгів, "ми погоджуємося згідно з вимогами пункту 3 розділу 5 документації конкурсних торгів сплатити витрати в сумі 12 000,00 гривень (дванадцять тисяч гривень) на оплату послуг Консультанта торгів відповідно до укладеного між Замовником та

Консультантом торгів договору протягом п'яти робочих днів з моменту укладення договору про закупівлю між Учасником-переможцем процедури закупівлі та Замовником.

Однак, згідно з пунктом 1 частини першої статті 1 Закону акцепт пропозиції конкурсних торгів – прийняття замовником пропозиції конкурсних торгів або цінової пропозиції, яку визнано найбільш економічно вигідною за результатами оцінки (за результатами застосування переговорної процедури), та надання згоди на взяття зобов'язань на оплату предмета закупівлі або його частини (лота).

Згідно з частиною першою статті 31 Закону у день визначення переможця замовник акцептує пропозицію конкурсних торгів, що визнана найбільш економічно вигідною за результатами оцінки.

Відповідно до абзацу третього частини другої статті 31 Закону замовник укладає договір про закупівлю з учасником, пропозицію конкурсних торгів якого було акцептовано, не пізніше, ніж через 30 днів з дня акцепту пропозиції відповідно до вимог документації конкурсних торгів та акцептованої пропозиції. З метою забезпечення права на оскарження рішень замовника договір про закупівлю не може бути укладено раніше, ніж через 10 днів з дати оприлюднення на веб-порталі Уповноваженого органу повідомлення про акцепт пропозиції конкурсних торгів.

За таких умов, Закон не передбачає можливість встановлення у документації конкурсних торгів додаткових умов (якими є оплата переможцем витрат, пов'язаних з юридично-консультаційними послугами) для переможця Процедури закупівлі (учасника, пропозицію конкурсних торгів якого було акцептовано відповідно до вимог Закону).

Таким чином, витрати, пов'язані з юридично-консультаційними послугами, не відносяться до предмету закупівлі, а отже положення щодо відшкодування зазначених витрат не можуть бути включені до документації конкурсних торгів.

Разом з цим, Замовником не доведено та не необґрунтовано необхідність встановлення зазначених вище вимог документації конкурсних торгів.

Враховуючи викладене, дії Замовника в частині встановлення зазначених вище умов у документації конкурсних торгів порушують вимоги частини третьої статті 22 Закону та один з принципів здійснення закупівель, визначений статтею 3 Закону, а саме – максимальна економія та ефективність.

Отже, Замовник має внести зміни до документації конкурсних торгів в цій частині.

Враховуючи викладене вище, Колегія встановила, 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, 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 повністю.

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 Житомирську обласну психіатричну лікарню № 2 Житомирської обласної ради внести зміни до документації конкурсних торгів процедури закупівлі – "вугілля кам'яне" [оголошення № 181878, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу, бюлетень від 27.10.2014 № 115 (27.10.2014)] з метою усунення порушень, зазначених у мотивувальній частині цього рішення.

Рішення може бути оскаржене до суду у встановлений Законом строк.

Голова Колегії

С. МОРОЗ