



**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

№ 165-р/пк-ск від 12.02.2013

вих. лист від

№

Товариство з обмеженою
відповідальністю "Юнайтед Груп"
вул. Ревуцького, 16а, м. Київ,
02068

Державна пенітенціарна служба
України
вул. Мельникова, 81, м. Київ,
04050

Уповноважений орган з питань
державних закупівель

Державна казначейська служба
України

Редакція інформаційного
бюлетеня "Вісник державних
закупівель"

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 "Юнайтед Груп" (надалі – Скаржник, ТОВ "Юнайтед Груп") від 24.12.2012 № 24-1-Ю (zareestrovany в Комітеті 29.12.2012 за № 8-20/2713-ДЗ) (надалі – Скарга) щодо встановлення Державною пенітенціарною службою України (надалі – Замовник, ДПтСУ) дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів на закупівлю – "олія соняшникова - 846 т" [оголошення

№ 322247, опубліковане в інформаційному бюлетені "Вісник державних закупівель" від 19.11.2012 № 129/1 (731/1)] (надалі – Процедура закупівлі),

ВСТАНОВИЛА:

ТОВ "Юнайтед Груп" повідомляє про встановлення Замовником дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів та просить, зокрема:

- 1) призупинити Процедуру закупівлі;
- 2) зобов'язати Замовника внести зміни до документації конкурсних торгів з метою приведення її у відповідність до вимог чинного законодавства.

Рішенням Колегії від 29.12.2012 № 1439-р/пк-ск Скарга була прийнята до розгляду та зазначена процедура закупівлі призупинена на строк до винесення рішення за Скаргою.

Листом від 29.12.2012 № 20-29.1/03-6590-дз Колегією надіслано запит Замовнику щодо надання документів та пояснень по суті Скарги.

Замовник листами від 08.01.2013 № 1/5-17-7.01/82-13 та від 05.02.2013 № 1/5-167-7.02/82-13 надіслав на адресу Колегії документи та пояснення по суті Скарги.

Під час розгляду матеріалів та інформації, отриманих стосовно зазначеної Скарги, встановлено наступне.

1. ТОВ "Юнайтед Груп" у Скарзі зазначає, що Замовник у документації конкурсних торгів (надалі – Документація) визначив спосіб (форму) надання забезпечення пропозиції конкурсних торгів у вигляді перерахування коштів на рахунок ДПТСУ.

При цьому, за словами Скаржника, Закон України "Про здійснення державних закупівель" (надалі – Закон) передбачає такі види забезпечення, як порука, гарантія, застава, завдаток, депозит.

Також, ТОВ "Юнайтед Груп" у Скарзі зазначає, що в оголошенні про проведення Процедури закупівлі обов'язково зазначається розмір, вид та умови надання забезпечення пропозиції конкурсних торгів, що також повинно зазначатись в Документації.

Скаржник повідомляє, що Документація не містить виду забезпечення пропозиції конкурсних торгів, а замість цього встановлює спосіб (форму) такого забезпечення, що не відповідає вимогам Закону.

За словами Скаржника Закон, Цивільний та Господарський кодекси України не містять такого виду забезпечення зобов'язань, як "перерахування коштів".

За таких умов, на думку ТОВ "Юнайтед Груп", учасник, який виконає наведену вище умову Документації, не є захищеним в частині виконання Замовником зобов'язань щодо повернення забезпечення пропозиції конкурсних торгів.

Замовник стосовно наведеного пункту Скарги повідомив, що перелік видів забезпечення пропозиції конкурсних торгів відповідно до пункту 8 статті 1 Закону не є вичерпним.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Згідно з пунктом 3 розділу III Документації "пропозиція конкурсних торгів супроводжується документом (оригінал), що підтверджує внесення забезпечення пропозиції конкурсних торгів. Способом (формою) надання забезпечення пропозиції конкурсних торгів є перерахування коштів на рахунок Державної пенітенціарної служби України (р/р 37114007004128, Державна казначейська служба України м. Київ, МФО 820172, ідентифікаційний код за ЄДРПОУ: 37534799).

Документ (оригінал), що підтверджує перерахування коштів на рахунок Державної пенітенціарної служби України надається разом із оформленою пропозицією у запечатаному вигляді.

Документ (оригінал), що підтверджує перерахування коштів на рахунок Державної пенітенціарної служби України повинен мати відмітку банку про проведення платежу.

Термін дії забезпечення пропозиції конкурсних торгів становить 120 календарних днів.

Розмір забезпечення пропозиції конкурсних торгів становить: 719 100,00 (сімсот дев'ятнадцять тисяч сто) гривень 00 копійок.

Перераховані кошти залишаються на рахунку Замовника протягом 120 календарних днів із дня розкриття пропозицій конкурсних торгів, якщо не виникли обставини, зазначені в п.4 документації з конкурсних торгів".

Згідно з частиною першою статті 546 Цивільного кодексу України виконання зобов'язання може забезпечуватись неустойкою, порукою, гарантією, заставою, притриманням, завдатком.

Частиною другою статті 546 Цивільного кодексу України передбачено, що договором або законом можуть бути встановлені інші види забезпечення виконання зобов'язання.

Відповідно до пункту 8 частини першої статті 1 Закону забезпечення пропозиції конкурсних торгів – надання учасником замовнику гарантій виконання своїх зобов'язань у зв'язку з поданням пропозиції конкурсних торгів, у тому числі, такі види забезпечення: порука, гарантія, застава, завдаток, депозит.

Таким чином, Законом встановлені й інші види забезпечення (наприклад, депозит). У той же час, Закон не містить вичерпного переліку видів такого забезпечення, а отже, замовник має право визначити й інші види надання учасником замовнику гарантій виконання своїх зобов'язань у зв'язку з поданням пропозиції конкурсних торгів, у тому числі, шляхом перерахування коштів.

Статтею 24 Закону передбачені порядок надання, повернення та/або неповернення забезпечення пропозицій конкурсних торгів учасників торгів.

Згідно з пунктом 15 частини другої статті 22 Закону документація конкурсних торгів повинна містити розмір, вид та умови надання забезпечення пропозицій конкурсних торгів (якщо замовник вимагає його надати).

Замовником у Документації (пункт 3 розділу III Документації) передбачено підтвердження внесення забезпечення учасником Процедури закупівлі шляхом надання оригіналу документу, що підтверджує перерахування коштів на рахунок ДПтСУ (таким документом може бути платіжне доручення, квитанція тощо).

Також Документація містить термін дії такого забезпечення та умови його повернення (пункт 4 розділу III Документації).

Стосовно відсутності інформації про забезпечення пропозиції конкурсних торгів в оголошенні про проведення Процедури закупівлі Колегією встановлено наступне.

Відповідно до абзацу одинадцятого частини другої статті 21 Закону в оголошенні про проведення процедури відкритих торгів обов'язково зазначаються розмір, вид та умови надання забезпечення пропозицій конкурсних торгів (якщо замовник вимагає його надати).

Оголошення про проведення Процедури закупівлі [оголошення № 322247, опубліковане в інформаційному бюлетені "Вісник державних закупівель" від 19.11.2012 № 129/1 (731/1)] містить наступну інформацію:

Забезпечення пропозиції	перерахування коштів на реєстраційний рахунок ДПтС України; 719 100 (сімсот дев'ятнадцять тисяч сто) грн.
--------------------------------	---

Строк надання:	120 календарних днів
Умови надання:	не повертається відповідно до ч. 3 ст. 24 Закону

За таких умов, у Колегії відсутні підстави для задоволення Скарги в цій частині.

2. ТОВ "Юнайтед Груп" у Скарзі зазначає, що значна сума забезпечення пропозиції конкурсних торгів (719 100,00 грн) штучно звужує коло потенційних учасників та порушує принципи здійснення державних закупівель.

Замовник стосовно наведеного пункту Скарги зазначив, що наведений вище розмір забезпечення не перевищує 5 відсотків очікуваної вартості закупівлі та відповідає статті 24 Закону.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Відповідно до абзацу третього частини першої статті 24 Закону розмір забезпечення пропозиції конкурсних торгів у грошовому виразі не може перевищувати, зокрема, 5 відсотків – у разі проведення торгів на закупівлю товарів чи послуг на умовах, визначених документацією конкурсних торгів.

Пунктом 3 розділу III Документації визначений розмір забезпечення пропозиції конкурсних торгів у сумі 719 100,00 грн.

Згідно з копією річного плану закупівель ДПтСУ на 2012 рік зазначена вище сума не перевищує 5 відсотків від очікуваної вартості предмета закупівлі Процедури закупівлі.

За таких умов, у Колегії відсутні підстави для задоволення Скарги в цій частині.

3. ТОВ "Юнайтед Груп" у Скарзі зазначає, що Замовник встановив у Документації наступні дискримінаційні вимоги.

3.1. ДПтСУ передбачила у Документації необхідність надання учасниками Процедури закупівлі довідки в довільній формі щодо фактичної наявності олії соняшникової на складі Учасника із зазначенням повної адреси знаходження продукції, контактної особи, її телефону, факсу. При цьому, мінімальний обсяг продукції повинен становити 94 тонни.

Скаржник зазначає, що жодним нормативним актом, у тому числі Законом, не зобов'язано Замовника для участі у відкритих торгах мати склад, а також товар на складі. Дана вимога є дискримінаційною та такою, що може завдати учаснику матеріальних збитків, оскільки його пропозицію можуть не акцептувати за результатами розгляду поданих пропозицій.

Учасник, який не має складу або товару на складі в момент розкриття пропозицій конкурсних торгів, буде позбавлений Замовником права взяти участь у Процедурі закупівлі.

3.2. У Документації Замовник передбачив необхідність надання учасниками Процедури закупівлі копій документів на право власності або договору оренди складських приміщень.

Скаржник вважає, що зазначена вимога не передбачена статтею 16 Закону та штучно звужує коло учасників, які залучають субпідрядників для виконання договору, що не заборонено Законом. Учасники, які мають договори на поставку олії соняшникової зі своїми контрагентами, здатні поставити олію соняшникову Замовнику та не мають у власності або в оренді складу, не зможуть виконати дану дискримінаційну вимогу.

3.3. ДПтСУ передбачила у Документації необхідність надання учасниками Процедури закупівлі інформації у вигляді довідки про наявність автотранспорту для перевезення олії та жирів очищених, приналежності (власний або орендований), копій

технічних паспортів, санітарних паспортів. Якщо транспорт орендований, необхідно надати копію договору про оренду.

Законом, як і будь-яким іншим нормативно-правовим актом, не передбачено необхідність мати для участі у відкритих торгах власний або орендований автотранспорт. Вказана вимога позбавляє можливості взяти участь у відкритих торгах учасників, які мають укладені цивільно-правові договори про надання послуг щодо перевезення олії та жирів, за якими транспортний засіб не належить учаснику на правах власності або оренди, але при цьому забезпечують доставку олії до місця поставки.

Замовник стосовно наведеного пункту Скарги зазначив, що відповідно до "Постанови Кабінету Міністрів України від 17.05.2006 № 685 "Матеріально-технічна база суб'єкта господарювання" матеріально-технічна база суб'єкта господарювання – це виробничі площі, матеріальні ресурси, засоби виробництва і документи, що використовуються суб'єктом господарювання у процесі вчинення певних дій щодо провадження господарської діяльності або видів господарської діяльності. Готова продукція на складі учасника, складські приміщення, відповідний автотранспорт та документи є складовою частиною матеріальних ресурсів будь-якого суб'єкта господарської діяльності".

Також Замовник повідомив, що на продовольчому забезпеченні в ДПтСУ знаходиться більше 150 тисяч осіб.

Мінімальний обсяг продукції (94 тонни), який зазначається у довідці щодо фактичної наявності олії соняшникової на складі учасника Процедури закупівлі, передбаченої Документацією, дає гарантії Замовнику належного постачання продуктів харчування у разі виникнення непередбачених негативних обставин, перешкод тощо під час виконання договору переможцем торгів.

Замовник зазначає, що відповідно до пункту 30 статті 1 Закону товари – це, зокрема, продукція, а також послуги, пов'язані з поставкою товару, якщо вартість таких послуг не перевищує вартості самих товарів. Однією з основних умов Документації є поставка продуктів харчування до установи виконання покарань та слідчих ізоляторів ДПтСУ. Так, у вартість товару входить доставка.

До Документації були включені вимоги щодо надання документів на право власності або договору оренди складського приміщення, інформації у вигляді довідки про наявність автотранспорту для перевезення олії та жирів очищених (із зазначенням "власний чи орендований цей автотранспорт") для надання гарантій від учасника щодо належного постачання продуктів харчування.

Надання зазначених вище документів, за словами Замовника, є гарантією, що компанія-учасник торгів є надійним постачальником продуктів харчування, займає стабільну позицію на продовольчому ринку України та має усі необхідні потужності для здійснення поставки продуктів харчування.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Відповідно до підпункту 1.2 пункту 1 додатку 1 Документації до документів, які повинен надати Учасник на підтвердження наявності обладнання та матеріально-технічної бази, відноситься довідка, складена у довільній формі, щодо фактичної наявності олії соняшникової на складі Учасника із зазначенням повної адреси знаходження продукції, контактної особи, її телефону, факсу – при цьому мінімальний обсяг продукції повинен становити 94 тонни.

Згідно з підпунктом 1.3 додатку 1 Документації (зі змінами) до документів, які повинен надати Учасник на підтвердження наявності обладнання та матеріально-технічної бази, відноситься:

- інформація у вигляді довідки про наявність автотранспорту для перевезення олії та жирів очищених із зазначенням його, зокрема приналежності (власний чи орендований);
- копії технічних паспортів, санітарних паспортів;
- якщо автотранспорт орендований, надається копія договору про оренду.

У додаток до листа від 05.02.2013 № 1/5-167-7.02/82-13 Замовник надав службову записку від 05.02.2013 № 7/2/1-162/41-13 Управління ресурсного забезпечення департаменту виробничої діяльності та ресурсного забезпечення, згідно з якою орієнтовна місячна потреба продовольства установ виконання покарань та слідчих ізоляторів ДПтСУ становить 94 тонни.

Також Скаржником не обґрунтовано неможливість виконання ним зазначених вимог Документації в частині підтвердження наявності складу або товару на складі (у томі числі в обсягах, визначених Документацією), наявності власного або орендованого автотранспорту та не доведено, яким чином встановлення наведених вище умов Документації порушує його права та законні інтереси.

За таких умов, у Колегії відсутні підстави для задоволення Скарги в цій частині.

4. ТОВ "Юнайтед Груп" у Скарзі зазначає, що у Документації Замовник передбачив необхідність надання учасниками Процедури закупівлі нотаріально завірених копій експлуатаційних дозволів для потужностей (об'єктів) з виробництва, переробки або реалізації харчових продуктів. За словами Скаржника Замовник вимагає документи, які наявні виключно у виробника продукції, оскільки Законом України "Про безпечність та якість харчових продуктів" передбачено, що оператори потужностей (об'єктів), які здійснюють діяльність з виробництва та/або обігу харчових продуктів, підконтрольних санітарній службі, повинні отримати експлуатаційний дозвіл відповідного головного державного санітарного лікаря, який видається на кожну з таких потужностей (об'єктів), що використовуються для здійснення вищезазначеної діяльності.

Скаржник зазначає, що Закон або будь-який інший нормативний документ не передбачає надання додаткових преференцій виробникам продукції та/або операторам потужностей під час участі у процедурі відкритих торгів.

Замовник стосовно наведеного пункту Скарги зазначив, що вище вказані вимоги, зазначені у Документації, не є дискримінаційними та підтверджують наявність складової частини матеріально-технічної бази у добросовісного учасника конкурсних торгів згідно зі статтею 16 Закону.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Відповідно до підпункту 1.4 пункту 1 додатку 1 Документації (зі змінами) до документів, які повинен надати Учасник для підтвердження наявності обладнання та матеріально-технічної бази, відносяться "нотаріально завірени копії експлуатаційних дозволів для потужностей (об'єктів) з виробництва, переробки або реалізації харчових продуктів згідно вимог ст.22 Закону України № 771/97 "Про безпечність та якість харчових продуктів" зі змінами".

Згідно з частиною першою статті 22 Закону України "Про безпечність та якість харчових продуктів" оператори потужностей (об'єктів), що здійснюють в Україні діяльність з виробництва та/або обігу харчових продуктів, підконтрольних санітарній службі, повинні отримати експлуатаційний дозвіл відповідного головного державного санітарного лікаря, який видається на кожну з таких потужностей (об'єктів), що використовуються для здійснення вищезазначеної діяльності.

Відповідно до статті 1 Закону України "Про безпечність та якість харчових продуктів":

- оператор потужностей – виробник, який здійснює передбачені цим Законом види діяльності, використовуючи потужності (об'єкти), які належать йому на правах власності або користування;

- виробник – фізична або юридична особа (її філії, відділення, інші відокремлені підрозділи, представництва), що здійснює господарську діяльність з виробництва харчових продуктів, харчових добавок, ароматизаторів, дієтичних добавок, допоміжних матеріалів для переробки та допоміжних засобів і матеріалів для виробництва з метою введення їх в обіг, а також обіг;

- потужності (об'єкти) - територія, споруди або комплекс споруд, приміщення, будівлі, обладнання та інші засоби, включаючи транспортні засоби, що використовуються у виробництві або обігу об'єктів санітарних заходів;

- об'єкти санітарних заходів – харчові продукти, включаючи харчові продукти для спеціального дієтичного споживання, функціональні харчові продукти, а також харчові добавки, ароматизатори, дієтичні добавки та допоміжні матеріали для переробки, допоміжні засоби та матеріали для виробництва та обігу;

- обіг – переміщення (транспортування) або зберігання та будь-які дії, пов'язані з переходом права власності чи володіння, включаючи продаж, обмін або дарування.

Таким чином, суб'єкти господарювання, які здійснюють господарську діяльність з виробництва харчових продуктів та/або обігу харчових продуктів [зокрема, переміщення (транспортування) або зберігання] повинні отримати експлуатаційний дозвіл відповідного головного державного санітарного лікаря.

Крім того, Документація не містить вимоги, що зазначені вище експлуатаційні дозволи повинні бути видані безпосередньо на учасника Процедури закупівлі.

Враховуючи викладене, а також те, що Скаржником не обґрунтовано, яким чином встановлення наведених вище умов Документації порушує його права та законні інтереси, у Колегії відсутні підстави для задоволення Скарги в цій частині.

5. ТОВ "Юнайтед Груп" у Скарзі зазначає, що Замовник передбачив у Документації необхідність надання учасниками Процедури закупівлі підтвердження досвіду виконання аналогічних договорів з державними структурами та поставку олії та жирів очищених.

Замовник стосовно наведеного пункту Скарги повідомив, що ДПтСУ, як держана структура, має певну специфіку щодо укладення та виконання договірних зобов'язань (відсутність попередньої оплати, оплата протягом 90 діб та інше).

У ході розгляду зазначеного питання Колегією встановлено наступне.

Відповідно до підпункту 3 пункту 3 додатку 1 Документації до документів, які повинен надати Учасник на підтвердження наявності досвіду виконання аналогічних договорів, відносяться "нотаріально завірені копії або оригінал договору або договорів з Державними структурами щодо постачання олії та жирів очищених".

За таких умов, участь у Процедурі закупівлі зможуть прийняти лише суб'єкти господарювання, які мають договірні відносини виключно з державними структурами.

У даному випадку відповідність кваліфікаційному критерію, визначеному статтею 16 Закону, є документально підтверджений досвід виконання аналогічних договорів, незалежно від виду оплати.

Замовником не обґрунтовано встановлення зазначеної вимоги та специфіки поставки олії соняшникової, яка є предметом зазначеної процедури закупівлі.

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 зазначеної вище умови Документації) порушують вимоги частини третьої статті 22 Закону та один з основних принципів здійснення закупівель, визначених статтею 3 Закону, а саме – недискримінація учасників.

Враховуючи викладене, Замовник повинен внести зміни до Документації в цій частині.

З урахуванням інформації, наведеної в мотивувальній частині цього рішення, Замовник повинен привести умови документації конкурсних торгів у відповідність до вимог Закону шляхом внесення до неї відповідних змін.

Орган оскарження розглядає скаргу та приймає рішення на її підставі та в межах отриманої за скаргою інформації, виходячи з положень абзацу двадцять п'ятого частини четвертої статті 18 Закону.

Наведені вище обставини свідчать про наявність підстав для задоволення Скарги частково.

Враховуючи викладене, керуючись частиною третьою статті 8, частиною четвертою статті 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 Державну пенітенціарну службу України внести зміни до документації конкурсних торгів процедури закупівлі – "олія соняшникова - 846 т" [оголошення № 322247, опубліковане в інформаційному бюлетені "Вісник державних закупівель" від 19.11.2012 № 129/1 (731/1)] з метою усунення порушень, зазначених у мотивувальній частині цього рішення.

Рішення може бути оскаржене до суду у встановлений Законом строк.

Голова Колегії

Л. КОЛІСНИК