



**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

№ 556-р/пк-ск від 12.04.2013

вих. лист від

№

Фізична особа-підприємець
Клепанчук Вадим Володимирович
вул. Романівська, 2, смт Колки,
Маневицький р-н, Волинська обл.,
44661

Міністерство освіти і науки, молоді
та спорту АРК
пров. Совнаркомівський, 3,
м. Сімферополь, АРК, 95000

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 фізичної особи-підприємця Клепанчука Вадима Володимировича (надалі – Скаржник) від 18.03.2013 № 18/03/13-02 (зареєстровану в Комітеті 19 березня 2013 року за № 8-20/821-ДЗ) (надалі – Скарга) щодо порушення Міністерством освіти і науки, молоді та спорту АРК (надалі – Замовник) порядку проведення процедури закупівлі – "05.10.1. Вугілля кам'яне (марки Гр 0-200 – 2 127 т)" за державні кошти [оголошення № 054688, опубліковане в інформаційному бюлетені "Вісник державних закупівель" від 18 лютого 2013 року № 14 (757)] (надалі – Процедура закупівлі),

ВСТАНОВИЛА:

На розгляд Колегії надійшла Скарга, в якій Скаржник повідомляє про порушення Замовником порядку проведення Процедури закупівлі, зокрема, в частині встановлення дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів і просить:

- визнати наявність дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів;

- призупинити Процедуру закупівлі на строк до винесення рішення за Скаргою;
- зобов'язати Замовника внести зміни до документації конкурсних торгів.

Рішенням Колегії від 19.03.2013 № 367-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 19.03.2013 № 20-29.2/03-934-дз, Замовник листом від 20.03.2013 № 15/10-44 надав копії документів та пояснення щодо проведення ним Процедури закупівлі.

У ході розгляду Скарги та наданих Замовником документів, які стосуються проведення ним Процедури закупівлі, Колегією встановлено наступне.

Скаржник вважає, що встановивши у документації конкурсних торгів дискримінаційні вимоги Замовник порушив положення Закону України "Про здійснення державних закупівель" (надалі – Закон).

1. Скаржник повідомив, що документацією конкурсних торгів передбачено надання учасниками Процедури закупівлі у складі пропозицій конкурсних торгів оригіналу довідки про якість товару, виданої незалежною лабораторією.

На думку Скаржника, дана вимога документації конкурсних торгів суперечить нормам Закону, оскільки учасник не має в наявності товару, а лише планує його видобуток чи придбання.

У зв'язку із зазначеним, Скаржник вважає, що учасник Процедури закупівлі не має можливості надати довідку про якість ще не виготовленого товару.

При цьому, як стверджує Скаржник, відповідно до умов ДСТУ 7146-2010 про якість товару свідчить сертифікат генетичних технологічних та якісних характеристик.

Враховуючи зазначене, Скаржник зробив висновок, що встановлення зазначеної вимоги надає переваги учасникам Процедури закупівлі, які мають в наявності уже видобуте вугілля.

За словами Замовника, він встановив зазначену вимогу у документації конкурсних торгів у зв'язку з тим, що якість поставленого вугілля знаходиться на постійному контролі.

На думку Замовника, пропонуючи певну марку вугілля, постачальник витримує вимоги по відсотковому співвідношенню золи, сірки, вологості тощо, у зв'язку з чим необхідно отримати висновок лабораторії, який підтверджуватиме відповідність цих показників у вугіллі.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією було встановлено наступне.

Абзацом п'ятим частини першої статті 3 Закону визначено, що закупівлі здійснюються, зокрема, за принципом недискримінації учасників.

Згідно з частиною третьою статті 5 Закону замовник не може встановлювати дискримінаційні вимоги до учасників.

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

Відповідно до пункту 2 розділу 3 документації конкурсних торгів пропозиція конкурсних торгів, яка подається учасником Процедури закупівлі, повинна складатися, зокрема, з оригіналу довідки про якість товару, наданої незалежною лабораторією.

Згідно з частиною четвертою статті 268 Господарського кодексу України постачальник повинен засвідчити якість товарів, що поставляються, належним

товаросупровідним документом, який надсилається разом з товаром, якщо інше не передбачено в договорі.

Відповідно до пункту 3.6 Національного стандарту України ДСТУ 7146:2010 "Вугілля кам'яне та антрацит для побутових потреб. Технічні умови" (надалі – ДСТУ 7146:2010) для вугілля встановлюють кодове число та визначають додаткові параметри кодифікації згідно з ГОСТ 30313 та Міжнародною системою кодифікації вугілля середнього та високого рангів. За результатами дослідження оформлюють сертифікат генетичних, технологічних та якісних характеристик.

Пунктом 7.10 ДСТУ 7146:2010 визначено, що під час укладання договору на постачання вугілля для побутових потреб повинен бути представлений сертифікат генетичних, технологічних та якісних характеристик, що містить основні та додаткові параметри кодифікації вугілля середнього та високого рангів згідно з ГОСТ 30313 та Міжнародною системою кодифікації. Термін дії сертифіката генетичних, технологічних та якісних характеристик – чотири роки.

При цьому, згідно з пунктом 7.2 ДСТУ 7146:2010 вугілля приймають і постачають партіями.

Також, відповідно до пункту 7.3 ДСТУ 7146:2010 партію вважають прийнятою для відправлення, якщо від неї відібрано об'єднану товарну пробу згідно з ДСТУ 4096 та оформлено посвідчення якості.

Дії Замовника в частині встановлення у документації конкурсних торгів зазначеної вимоги обмежують коло учасників Процедури закупівлі тими, які вже мають вугілля для його подальшого продажу Замовнику, у разі перемоги у Процедурі закупівлі, та порушують вимоги абзацу п'ятого частини першої статті 3, частини третьої статті 5 та частини третьої статті 22 Закону, якими передбачена недискримінація учасників.

Крім цього, Замовником не доведена та не обґрунтована необхідність встановлення у документації конкурсних торгів вказаної вимоги.

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

2. Скаржник повідомив, що документацією конкурсних торгів передбачено надання учасниками Процедури закупівлі у складі пропозицій конкурсних торгів разом з банківською гарантією копії довідки НБУ або його територіальних підрозділів про дотримання банком, який надав банківську гарантію, економічних нормативів НБУ за останній рік.

Скаржник стверджує, що така довідка видається лише за заявою банку до відповідного органу, а також, обов'язок надання такої довідки клієнтам банку не передбачений жодними нормативними актами.

Скаржник вважає, що зазначеною вимогою документації конкурсних торгів надаються переваги учасникам Процедури закупівлі, банківська установа яких має в наявності таку довідку та вільно надає її для публічного доступу.

Замовник зазначив, що дана вимога документації конкурсних торгів не є дискримінаційною, оскільки така довідка видається будь-яким банком на території України.

Крім цього, Замовник зауважив, що не учасник Процедури отримує вказані довідки, а банківські установи – на свій запит протягом п'яти днів.

Замовник повідомив, що дана довідка є гарантією платоспроможності банку і є дійсною протягом 30 днів.

За словами Замовника, зазначена вимога була встановлена з метою уникнення конфлікту щодо отримання платежів за банківською гарантією і протягом тривалого періоду проведення процедур закупівель не викликала труднощів стосовно її отримання учасниками.

У ході розгляду зазначеного питання Колегією було встановлено наступне.

Згідно з підпунктом 3.1 пункту 3 розділу 3 документації конкурсних торгів пропозиція конкурсних торгів, яка подається учасником Процедури закупівлі, повинна супроводжуватись документом (оригіналом), що підтверджує надання учасником забезпечення пропозиції.

При цьому, підпунктом 3.5 пункту 3 розділу 3 документації конкурсних торгів визначено, що учаснику Процедури закупівлі "необхідно забезпечити та подати до банківської гарантії наступні документи від банку (гаранта)", зокрема, копію довідки НБУ, або його територіальних підрозділів, про дотримання банком, який надав банківську гарантію, економічних нормативів НБУ за останній рік.

Статтею 66 Закону України "Про банки і банківську діяльність" державне регулювання діяльності банків здійснюється Національним банком України, зокрема, у формі індикативного регулювання, шляхом встановлення обов'язкових економічних нормативів.

Відповідно до статті 2 Закону України "Про банки і банківську діяльність" економічні нормативи – показники, що встановлюються Національним банком України і дотримання яких є обов'язковим для банків.

Згідно з пунктом 1.1 глави 1 Інструкції про порядок регулювання діяльності банків в Україні, затвердженої постановою Правління Національного банку України від 28 серпня 2001 року № 368, зареєстрованої в Міністерстві юстиції України 26 вересня 2001 року за № 841/6032, контроль за дотриманням банками встановлених економічних нормативів здійснюється відповідними територіальними управліннями та підрозділами центрального апарату банківського нагляду Національного банку на постійній основі.

При цьому, пунктом 1.3 глави 1 зазначеної Інструкції передбачено, якщо за результатами безвиїзного нагляду або інспекційної перевірки встановлено факти невиконання банками економічних нормативів, то до банків мають застосовуватися заходи впливу згідно зі статтею 73 Закону України "Про банки і банківську діяльність" та відповідними нормативно-правовими актами Національного банку з питань застосування заходів впливу.

Замовником не доведена та не обґрунтована необхідність встановлення у документації конкурсних торгів вказаної вимоги.

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

3. Скаржник повідомив, що документацією конкурсних торгів передбачено надання учасниками Процедури закупівлі у складі пропозицій конкурсних торгів "довідки з ГУ Статистики в АРК або Торгово-промислової палати АРК про діючі середньостатистичні ціни на вугілля, для підтвердження кваліфікаційних критеріїв до учасників відповідно до статті 16 та 17 Закону".

За словами Скаржника, незрозумілим є те, яким чином така довідка підтверджує кваліфікаційні критерії відповідно до статей 16 та 17 Закону.

Скаржник вважає зазначену вимогу документації конкурсних торгів дискримінаційною, оскільки учасник Процедури закупівлі, як суб'єкт господарської діяльності, вправі встановлювати будь-яку ціну, яка є обґрунтованою для нього, при цьому вона може, як значно перевищувати середньо-ринкову в Автономній Республіці Крим, так і бути нижчою.

Крім цього, Скаржник зауважив, що надання будь-яких документів від інших установ, які повинні підтверджувати відповідність чи невідповідність встановленої ціни, обмежує вказане право учасника Процедури закупівлі.

Також, на думку Скаржника, вимога про те, що дана довідка має бути видана ГУ Статистики в АРК або Торгово-промисловою палатою АРК "ставить у привілейоване становище місцевих учасників Процедури закупівлі та дискримінує учасників з інших областей, оскільки документ про середньостатистичні ціни на вугілля може видаватись іншими установами по всій території України, а не лише у АРК".

Замовник підтвердив, що вказана довідка не має відношення до кваліфікаційних критеріїв.

Разом з цим, за словами Замовника, віднесення такої довідки до переліку додаткових документів не порушує чинного законодавства.

На думку Замовника, зазначена вимога документації конкурсних торгів не є дискримінаційною, оскільки таку довідку можуть отримати на запит будь-які учасники Процедури закупівлі, які зареєстровані на території України.

Також, Замовник зазначив, що "ціна товару пропонується постачальником самостійно".

У ході розгляду зазначеного питання Колегією було встановлено наступне.

Частиною третьою статті 189 Господарського кодексу України визначено, що суб'єкти господарювання використовують у своїй діяльності вільні та державні регульовані ціни.

Згідно зі статтею 190 Господарського кодексу України вільні ціни визначаються на всі види продукції (робіт, послуг), за винятком тих, на які встановлено державні регульовані ціни. Вільні ціни визначаються суб'єктами господарювання самостійно за згодою сторін, а у внутрішньогосподарських відносинах – також за рішенням суб'єкта господарювання.

Відповідно до підпункту 5 "Перелік документів, які повинен надати учасник для підтвердження відповідності його вимогам, встановленим ст. 17 Закону" пункту 6 розділу 3 документації конкурсних торгів учасники Процедури закупівлі повинні надати у складі своїх пропозицій конкурсних торгів довідку з ГУ Статистики в АРК або Торгово-промислової палата в АРК про діючі середньостатистичні ціни на вугілля.

При цьому, згідно з пунктом 5 розділу 5 документації конкурсних торгів та частиною другою статті 30 Закону Замовник має право визнати торги такими, що не відбулися, зокрема, у разі, якщо ціна найбільш вигідної пропозиції конкурсних торгів перевищує суму, передбачену замовником на фінансування закупівлі.

Зазначена вимога документації конкурсних торгів є непрозорою по відношенню до учасників Процедури закупівлі, а дії Замовника в частині її встановлення – такими, що порушують один з основних принципів здійснення закупівель, встановлений статтею 3 Закону, а саме: відкритість та прозорість на всіх стадіях закупівель.

Крім того, Замовником не доведена та не обґрунтована необхідність встановлення у документації конкурсних торгів вказаної вимоги.

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

4. Скаржник повідомив, що документацією конкурсних торгів передбачено надання учасниками Процедури закупівлі у складі пропозицій конкурсних торгів копії технічних умов виробника, завіреної мокрою печаткою виробника.

Скаржник вважає зазначену вимогу документації конкурсних торгів дискримінаційною, оскільки статтею 15 Закону України "Про стандартизацію" визначено, що право власності на стандарти, технічні умови та кодекси усталеної практики, прийняті чи схвалені іншими органами та організаціями, що займаються стандартизацією, належить організаціям, установам, за кошти яких вони створені або яким воно передано в установленому законом порядку.

При цьому, за словами Скаржника, відповідно до ДСТУ 1.3:2004 право власності на ТУ належить тим суб'єктам господарювання, на кошти яких їх створено або яким це право передано порядком, установленим законодавством. За згодою власника ТУ дозволено використовувати іншим суб'єктам господарювання. ТУ та змінами до них забезпечують на договірних засадах власники ТУ.

У зв'язку із викладеним, Скаржник зробив висновок, що надати копії технічних умов на марки вугілля кам'яного, посвідчених основною мокрою печаткою безпосереднього виробника вугілля, зможуть лише виробники або учасники Процедури закупівлі, які вже мають договірні відносини з виробниками, та яким власник технічних умов надав право на їх використання.

Замовник повідомив, що ним "були визначені критерії до якості представленого товару. Дані вимоги необхідні тому, що вони підтверджують якість вугілля, яке передбачено технічними характеристиками котлів споживача. Вугілля з технічними характеристиками, яке не відповідає технічному завданню, може вивести з ладу котли або потребує більшу кількість палива для отримання потрібної температури згорання. Без технічних характеристик неможливо зрозуміти, яка продукція повинна бути поставлена".

У ході розгляду зазначеного питання Колегією було встановлено наступне.

Відповідно до пункту 7 розділу 3 документації конкурсних торгів "учасники Процедури закупівлі повинні надати в складі пропозицій конкурсних торгів документи, які підтверджують відповідність пропозиції конкурсних торгів учасника технічним, якісним, кількісним та іншим вимогам до предмета закупівлі, встановленим замовником (технічне завдання наведено в Додатку № 2)".

Згідно з підпунктом 1 пункту 2 додатку 2 до документації конкурсних торгів учасники Процедури закупівлі повинні надати у складі пропозицій конкурсних торгів "копію технічних умов від виробника, який пропонується до постачання (завірених мокрою печаткою виробника)".

Частиною другою статті 15 Закону України "Про стандартизацію" визначено, що право власності на стандарти, технічні умови та кодекси усталеної практики, прийняті чи схвалені іншими органами та організаціями, що займаються стандартизацією, належить організаціям, установам, за кошти яких вони створені або яким воно передано в установленому законом порядку.

Відповідно до пункту 3.10 ДСТУ 1.3:2004 "Правила побудови, викладання, оформлення, погодження, прийняття та позначення технічних умов" (надалі – ДСТУ 1.3:2004) право власності на ТУ належить тим суб'єктам господарювання, на кошти яких їх створено або яким це право передано установленим законодавством порядком.

За згодою власника ТУ дозволено використовувати іншим суб'єктам господарювання. ТУ та змінами до них забезпечують на договірних засадах власники ТУ.

Отже, надати копії технічних умов на марки вугілля кам'яного зможуть лише суб'єкти господарювання, на кошти яких їх створено або яким це право передано установленим законодавством порядком, а також ті, яким власник ТУ надав відповідний дозвіл на їх використання.

Дії Замовника в частині встановлення у документації конкурсних торгів зазначеної вимоги обмежують коло потенційних учасників Процедури закупівлі лише суб'єктами господарювання, які є виробниками вугілля або безпосередньо з ними співпрацюють, що є порушенням вимог абзацу п'ятого частини першої статті 3, частини третьої статті 5 та частини третьої статті 22 Закону, якими передбачена недискримінація учасників.

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

5. Скаржник повідомив, що документацією конкурсних торгів передбачено надання учасниками Процедури закупівлі у складі пропозицій конкурсних торгів:

- копії сертифікату генетичних, технологічних та якісних характеристик (завіреної мокрою печаткою виробника);
- копії висновку державної санітарно-епідеміологічної експертизи за маркою вугілля (завіреної мокрою печаткою виробника);
- копії договору на постачання вугілля від виробника (завіреної мокрою печаткою виробника);
- оригіналу посвідчення якості або копії посвідчення якості, завіреного виробником;
- оригіналу гарантійного листа, виданого безпосереднім виробником вугілля, адресованого Замовнику про гарантію відвантаження учаснику Процедури закупівлі вугілля, вказаної у документації конкурсних торгів кількості та якості.

На думку Скаржника, подання зазначених документів зобов'язує учасників Процедури закупівлі мати договірні відносини з безпосереднім виробником вугілля.

Скаржник вважає, що зазначені вимоги документації конкурсних торгів дискримінують учасників Процедури закупівлі, які співпрацюють не з виробниками вугілля, а з посередниками, або вже мають в наявності вугілля.

Як зазначив Замовник, у разі, якщо в учасника Процедури закупівлі є договір з виробником або планується його підписання, "йому не складе труднощів запитати у виробника та надати усі необхідні сертифікати, котрі надають йому право представляти якісне кам'яне вугілля, яке у майбутньому, при згоранні, буде давати необхідну тепловіддачу".

У ході розгляду зазначеного питання Колегією було встановлено наступне.

Згідно з підпунктами 2-6 пункту 2 додатку 2 до документації конкурсних торгів учасники Процедури закупівлі повинні надати у складі пропозицій конкурсних торгів:

- копію сертифікату генетичних, технологічних та якісних характеристик (завірену мокрою печаткою виробника);
- копію висновку державної санітарно-епідеміологічної експертизи за маркою вугілля (завірену мокрою печаткою виробника);
- копію договору на постачання вугілля від виробника (завірену мокрою печаткою виробника);
- оригінал посвідчення якості або копію посвідчення якості, завірену виробником;
- оригінал гарантійного листа, виданого безпосереднім виробником вугілля, адресованого Замовнику, про гарантію відвантаження учаснику Процедури закупівлі вугілля, вказаної у документації конкурсних торгів кількості та якості.

Дії Замовника в частині встановлення у документації конкурсних торгів зазначених вимог обмежують коло потенційних учасників Процедури закупівлі лише суб'єктами господарювання, які є виробниками вугілля або безпосередньо з ними співпрацюють, що є порушенням вимог абзацу п'ятого частини першої статті 3, частини третьої статті 5 та частини третьої статті 22 Закону, якими передбачена недискримінація учасників.

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

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

Згідно з абзацом двадцять першим частини четвертої статті 18 Закону за результатами розгляду скарги орган оскарження має право прийняти рішення про встановлення або відсутності порушення процедури закупівлі (в тому числі порушення порядку публікації, оприлюднення або неопублікування, неоприлюднення інформації про державні закупівлі, передбаченої цим Законом) та про заходи, що повинні вживатися для їх усунення, зокрема зобов'язати замовника повністю або частково скасувати свої рішення, надати необхідні документи, усунути будь-які дискримінаційні умови (у тому числі ті, що зазначені у технічній специфікації, яка є складовою частиною документації з конкурсних торгів) або, у разі неможливості виправити допущені порушення, відмінити процедуру закупівлі.

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

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.

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 Міністерство освіти і науки, молоді та спорту АРК внести зміни до документації конкурсних торгів процедури закупівлі – "05.10.1. Вугілля кам'яне (марки Гр 0-200 – 2 127 т)" за державні кошти [оголошення № 054688, опубліковане в інформаційному бюлетені "Вісник державних закупівель" від 18 лютого 2013 року № 14 (757)], з метою усунення порушень, зазначених у мотивувальній частині цього рішення.

Рішення може бути оскаржено до суду у встановлений Законом строк.

Голова Колегії

Л. КОЛІСНИК