



**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

№ 486-р/пк-ск від 09.04.2015

вих. лист від

№

Товариство з обмеженою
відповідальністю
Торговий Дім "Тепло"
вул. Сахарова, 80 а, кв. 28,
м. Львів, 79000

Управління освіти, молоді та
спорту Шепетівської районної
державної адміністрації
вул. Карла Маркса, 47,
м. Шепетівка,
Хмельницька обл., 30400

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 (надалі – Колегія), розглянувши скаргу товариства з обмеженою відповідальністю Торгового Дому "Тепло" (надалі – Скаржник, ТОВ ТД "Тепло") від 06.03.2015 № 0603/1 (zareєстровану в Комітеті 10.03.2015 за № 8-20/471-ДЗ) (надалі – Скарга) щодо встановлення Управлінням освіти, молоді та спорту Шепетівської районної державної адміністрації (надалі – Замовник) дискримінаційних вимог у документації конкурсних торгів на закупівлю – "05.10.1. Вугілля ДГР 0-200, вугілля ГПК 50-200" [оголошення № 043715, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу з питань державних закупівель, бюлетень від 11.02.2015 № 189 (11.02.2015)] (надалі – Процедура закупівлі),

ВСТАНОВИЛА:

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

- призупинити Процедуру закупівлі;

- зобов'язати Замовника внести зміни до документації конкурсних торгів.

Рішенням Колегії від 11.03.2015 № 266-р/пк-ск Скарга була прийнята до розгляду та Процедура закупівлі призупинена на строк до винесення рішення за Скаргою.

У відповідь на запит Колегії від 11.03.2015 № 20-29.2/06-613-дз Замовник листом від 16.03.2015 № 242 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. Скаржник вважає незаконною вимогу документації конкурсних торгів (надалі – Документація) стосовно необхідності надання учасниками Процедури закупівлі довідки про досвід виконання аналогічних договорів разом з копіями договорів, укладених у 2013-2014 роках.

У Скарзі ТОВ ТД "Тепло" повідомляє, що Скаржник зареєстрований 13.10.2014 і процес укладання аналогічних договорів відбувається саме з часу державної реєстрації товариства суб'єктом підприємницької діяльності. Скаржник повідомляє, що у ТОВ ТД "Тепло" відсутні аналогічні договори у 2013 році, оскільки це заборонено чинним законодавством України та не відповідає б принципам ведення підприємницької діяльності.

Як зазначає Скаржник, Замовником не обґрунтовано необхідності надання всіх аналогічних договорів, оскільки чинним законодавством України дана вимога не передбачена.

Стосовно наведеного пункту Скарги Замовник повідомив, що вказана вимога Документації дасть змогу обрати переможцем торгів кваліфікованого учасника, що має відповідний позитивний досвід виконання аналогічних договорів і дозволить забезпечити заклади освіти відповідним товаром в найкоротші строки відповідно до умов укладеного за результатами торгів договору.

За інформацією Замовника, отримавши інформацію про всі договори, він зможе перевірити їх належне виконання учасником, адже в разі зазначення в довідці декількох договорів (десять чи п'ятнадцять тощо) учасники свідомо вказують лише ті договори, які ними виконано без претензій від іншої сторони.

Як зазначає Замовник, є випадки, коли учасником були укладені 50 договорів, а виконав він з них лише сім, що, на думку Замовника, не може свідчити про позитивний досвід виконання договорів і не відповідатиме встановленому кваліфікаційному критерію.

Розглянувши зазначене питання, Колегія встановила наступне.

Відповідно до абзаців першого та четвертого частини другої статті 16 Закону України "Про здійснення державних закупівель" (надалі – Закон) замовник може встановлювати такий кваліфікаційний критерій, як наявність документально підтвердженого досвіду виконання аналогічних договорів.

Згідно з частиною третьою статті 16 Закону визначені замовником згідно з цією статтею кваліфікаційні критерії та перелік документів, що підтверджують інформацію учасників або учасників попередньої кваліфікації про відповідність їх таким критеріям, зазначаються, зокрема, в документації конкурсних торгів.

Статтею 22 Закону передбачено, зокрема, що документація конкурсних торгів може містити також іншу інформацію відповідно до законодавства, яку замовник вважає за необхідне до неї включити.

У пункті 6 розділу III Документації Замовником встановлені кваліфікаційні критерії до учасників Процедури закупівлі.

Згідно з абзацом першим пункту 6 розділу III Документації учасники Процедури закупівлі повинні відповідати кваліфікаційним критеріям, визначеним статтею 16 Закону.

Відповідно до підпункту 3 пункту 6 розділу III Документації для документально підтвердженого досвіду виконання аналогічних договорів учасники Процедури закупівлі у складі своїх пропозицій конкурсних торгів повинні були надати "довідку у довільній формі, за підписом керівника, скріплену печаткою учасника, із зазначенням всіх договорів на поставку вугілля кам'яного, переліку організацій (замовників) з адресами та контактними телефонами, сум договорів та стану виконання, в тому числі, своєчасності виконання цих договорів, які укладені в 2013-2014 роках, разом з копіями будь-яких договорів (не менше ніж по одному за кожен рік), що вказані в довідці".

Разом з цим, учасники Процедури закупівлі, які не виконували аналогічні договори у 2013 році, однак мають досвід виконання аналогічних договорів у 2015 році, не зможуть взяти участь у Процедурі закупівлі.

Представник Скаржника, присутній на засіданні Колегії, яке відбулося 09.04.2015, повідомив, що ТОВ ТД "Тепло" має досвід виконання аналогічних договорів у 2014-2015 роках та може надати копії договорів, укладених з контрагентами у 2014-2015 роках.

Скаржник надав на розгляд Колегії, зокрема, договір постачання вугілля кам'яного від 18.02.2015 № 1, надісланий засобами факсимільного зв'язку, укладений з відділом освіти Жидачівської районної державної адміністрації Львівської області.

Вимога Документації щодо необхідності надання учасниками Процедури закупівлі у складі пропозицій конкурсних торгів не менше, ніж по одному договору, які були укладені в 2013-2014 роках, є дискримінаційною по відношенню до підприємств, у тому числі Скаржника, які створені у 2014 році та не мають змоги надати копію аналогічного договору, укладеного у 2013 році, але можуть надати такі договори, зокрема, за 2014-2015 роки.

Дії Замовника в частині встановлення у Документації наведених вище вимог порушують вимоги статті 22 Закону та принципи здійснення закупівель, визначені статтею 3 Закону, зокрема, недискримінація учасників.

Отже, Замовник має внести відповідні зміни до Документації в цій частині.

У Скарзі ТОВ ТД "Тепло" повідомляє, що "вимога Документації стосовно необхідності надання всіх аналогічних договорів є необґрунтованою, оскільки чинним законодавством України така вимога не передбачена".

Разом з цим Документація не містить вимоги щодо необхідності надання учасниками Процедури закупівлі у складі своїх пропозицій конкурсних торгів всіх аналогічних договорів, укладених у 2013-2014 роках.

Скаржником не доведено та не обґрунтовано яким чином встановлення Замовником наведеної вище вимоги Документації порушує його права та законні інтереси та перешкоджає подати свою пропозицію конкурсних торгів.

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

2. За інформацією Скаржника, відповідно до чинного законодавства України свідоцтво про реєстрацію платника податку відмінене, а тому надати копію свідоцтва про реєстрацію платника ПДВ не вбачається можливим.

Щодо наведеного пункту Скарги Замовник повідомляє, що у випадку відсутності вказаного свідоцтва у зв'язку з тим, що його надання не передбачене чинним законодавством, – це не буде вважатись невідповідністю вимогам Документації, адже Документацією передбачено необхідність надання даного свідоцтва за наявності.

Розглянувши зазначене питання, Колегія встановила наступне.

Відповідно до пункту 6 розділу III Документації для підтвердження відсутності підстав відмови в участі у Процедурі закупівлі, учаснику необхідно надати, зокрема, "копію свідоцтва про реєстрацію платника ПДВ або платника єдиного податку (за наявності)".

У поясненнях по суті Скарги Замовник повідомляє, що у випадку, якщо надання копії свідоцтва про реєстрацію платника ПДВ або платника єдиного податку не передбачене чинним законодавством України, відсутність такого документа у складі пропозиції конкурсних торгів учасника Процедури закупівлі не буде вважатися невідповідністю вимогам Документації.

Зазначена інформація підтверджується також роз'ясненнями до Документації від 04 березня 2015 року, які оприлюднені на веб-порталі Уповноваженого органу з питань державних закупівель.

Також, згідно з пунктом 6 розділу III Документації Документи, що не передбачені законодавством для учасників або учасників попередньої кваліфікації – юридичних, фізичних осіб, у тому числі фізичних осіб-підприємців, не подаються ними у складі пропозиції конкурсних торгів.

Скаржником не доведено та не обґрунтовано, яким чином встановлення Замовником наведеної вище вимоги Документації порушує його права та законні інтереси та перешкоджає подати свою пропозицію конкурсних торгів.

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

3. Скаржник вважає незаконною та необґрунтованою вимогу пункту 3 розділу V Документації щодо можливості оплати послуг Консультанта.

Як зазначає Скаржник, вимога Документації стосовно оплати учасником Процедури закупівлі юридично-консультаційних послуг Процедури закупівлі є незаконною та неправомірною.

Стосовно наведеного пункту Скарги Замовник повідомив, що Документацією передбачено, що оплата покладається на учасника-переможця за його згодою. Відсутність згоди учасника-переможця жодним чином не спричинить відхилення пропозиції чи не допуск учасника до Процедури закупівлі.

Як зазначає Замовник, послуги, які оплачуються учасником-переможцем Процедури закупівлі, не повинні включатись до ціни пропозиції учасника та сплачуються за рахунок його власних коштів ще до того моменту, як буде зареєстрований договір за результатами проведених торгів в органах казначейської служби.

Цивільним кодексом та Господарським кодексом України передбачений принцип свободи договору, який жодним іншим нормативним актом не обмежений. Відповідно до статті 204 Цивільного кодексу України, правочин (договір між консультантом та замовником про надання юридичних послуг) є правомірним, якщо його недійсність прямо не встановлена законом або якщо він не визнаний судом недійсним.

Замовник повідомляє, що статтею 22 Документації передбачено, що документація конкурсних торгів може містити іншу інформацію, відповідно до законодавства, яку замовник вважає за необхідне до неї включити.

За інформацією Замовника, відповідно до частини першої статті 901 Цивільного кодексу України за договором про надання послуг одна сторона (виконавець) зобов'язується за завданням другої сторони (замовника) надати послугу, яка споживається в процесі вчинення певної дії або здійснення певної діяльності, а замовник зобов'язується оплатити виконавцеві зазначену послугу, якщо інше не встановлено договором.

Договором про надання юридичних послуг, укладеним між Замовником та консультантом торгів, передбачено, що послуги, які надаються консультантом, є безоплатними для Замовника в разі їх сплати учасником-переможцем торгів відповідної процедури закупівлі. Замовник має право оплатити вартість послуг самостійно. За

домовленістю сторін оплата послуг Консультанта здійснюється відповідно до статті 636 Цивільного кодексу України (договір на користь третьої особи), учасником-переможцем процедури закупівлі (за його згодою).

Як зазначає Замовник, незгода учасника оплатити послуги за Замовника не тягне за собою будь-яких юридичних наслідків, в тому числі відхилення пропозиції чи не укладення з ним договору про закупівлю.

Розглянувши зазначене питання, Колегія встановила наступне.

Пунктом 3 розділу Документації визначено, зокрема, наступне: "по проведенню цієї процедури відкритих торгів надаються юридично-консультаційні послуги, які оплачуються учасником-переможцем за його згодою відповідно до статей 527, 528, 627, 636, 904 Цивільного кодексу України. Дані витрати в сумі 18000,00 гривень (вісімнадцять тисяч гривень) оплачуються учасником-переможцем лише після укладення замовником з ним договору за результатами проведених торгів та підписання відповідного акту приймання-передачі наданих послуг. Кожен учасник може ознайомитися з умовами договору, укладеного між замовником та консультантом...

Витрати Учасника, пов'язані з підготовкою та поданням пропозиції конкурсних торгів не відшкодовуються (в тому числі, і у разі відміни торгів чи визнання торгів такими, що не відбулися).

До розрахунку ціни пропозиції конкурсних торгів не включаються будь-які витрати, понесені ним у процесі здійснення процедури закупівлі".

У пункті 5 форми "Пропозиція конкурсних торгів", визначеної додатком 1 Документації, встановлена наступна вимога: "ми погоджуємося (або вказати інше) згідно з вимогами пункту 3 розділу 5 документації оплатити послуги консультанта торгів відповідно до укладеного між Замовником та консультантом торгів договору".

Згідно з пунктом 21 частини першої статті 1 Закону предмет закупівлі – товари, роботи чи послуги, які закупаються 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). Предмет закупівлі визначається замовником у порядку, встановленому Уповноваженим органом.

Відповідно до пункту 3 розділу I Документації предметом Процедури закупівлі є продукція – вугілля кам'яне (вугілля ДГР 0-200, вугілля ГПК 50-200), код Державного класифікатора продукції та послуг ДК 016-2010 – 05.10.1.

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 постачанням товарів, якщо вартість таких послуг не перевищує вартості самих товарів.

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

Відповідно до частини першої 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, зокрема, 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.

Закон не передбачає можливість встановлення додаткових умов (якими є оплата переможцем витрат, пов'язаних з юридично-консультаційними послугами) для переможця Процедури закупівлі під час проведення Процедури закупівлі, зокрема, на етапі між акцептом та укладенням договору про закупівлі між Замовником та учасником, пропозицію конкурсних торгів якого було акцептовано відповідно до вимог Закону.

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

Разом з цим, Замовником не доведено та не обґрунтовано необхідність встановлення зазначених вище вимог у Документації.

Враховуючи викладене, дії Замовника в частині встановлення зазначеної вище умови Документації порушують вимоги частини третьої статті 22 Закону та один з принципів здійснення закупівель, визначених статтею 3 Закону, а саме – максимальна економія та ефективність.

Отже, Замовник повинен внести зміни до Документації в цій частині.

Враховуючи інформацію, викладену у мотивувальній частині цього рішення, Колегією встановлено, що під час проведення Процедури закупівлі Замовник допустив порушення, які на момент прийняття Колегією цього рішення можна виправити шляхом зобов'язання Замовника внести зміни до документації конкурсних торгів.

Згідно з абзацами першим та другим частини десятої статті 18 Закону за результатами розгляду скарги орган оскарження має право прийняти рішення про встановлення або відсутність 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.

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 Управління освіти, молоді та спорту Шепетівської районної державної адміністрації внести зміни до документації конкурсних торгів на закупівлю – "05.10.1. Вугілля ДГР 0-200, вугілля ГПК 50-200" [оголошення № 043715, оприлюднене на веб-порталі Уповноваженого органу з питань державних закупівель, бюлетень від 11.02.2015 № 189 (11.02.2015)] з метою усунення порушень, зазначених в мотивувальній частині цього рішення.

Рішення може бути оскаржено до суду у встановлений Законом строк.

Голова Колегії

С. МОРОЗ